Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

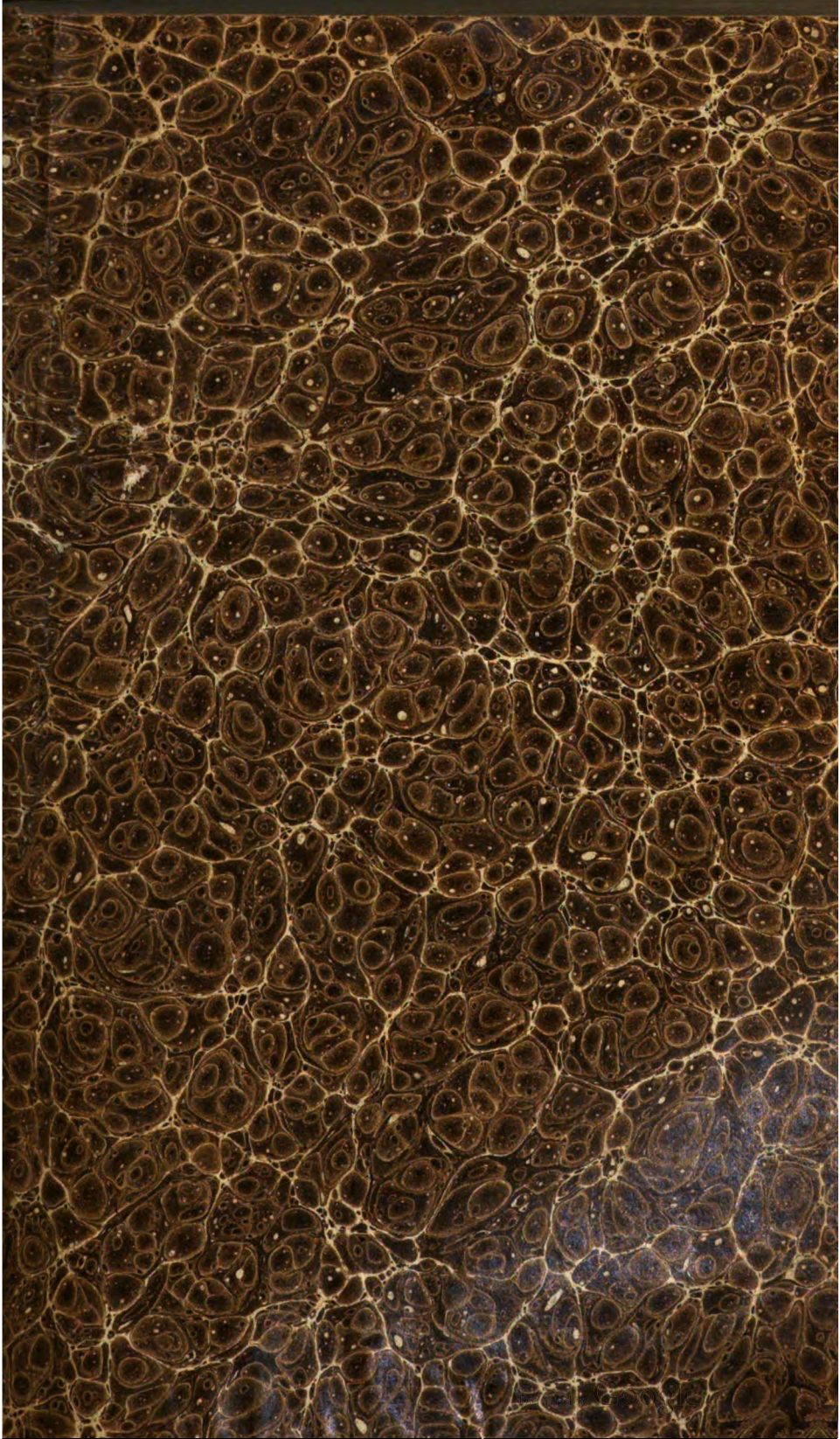
+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

D
42501

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE GENERALE

VOLUME II.

Prezzo L. 6

Digitized by Google

EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI — Editori-Librai — Firenze

NUOVA PUBBLICAZIONE

VENDIBILE PRESSO

EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI

Editori Librai e Commissionari in Firenze, Piazza della Signoria

---

DE ROSSI (Avv. Vittorio). La esecuzione delle sentenze e degli atti delle autorità straniere secondo il Codice di Procedura Italiano. Studio teorico pratico di diritto internazionale privato, illustrato colla giurisprudenza dei Tribunali in servigio della pratica forense. Livorno, 1876. Un volume in 8.° . . . . . It. L. 5. —

La materia della esecuzione degli atti e giudicati stranieri, la quale oggidì, per le frequenti contrattazioni internazionali, torna di comune uso, incerta già nelle passate giurisprudenze, e disciplinata ne' Codici nostri ultimi con norme rette e saggie bensì ma non facili sempre nella applicazione, riceve dal libro dell' Avv. De Rossi un commento, ed uno sviluppo così largo e giusto quanto si possa desiderare. Che importa mai la pompa e l' ampiezza del tema? Quando si ha il senno di esaminare un argomento non trito nè esausto, di somma e frequente utilità, irto di questioni gravi ed importanti, e lo si può svolgere con intuito di principii generali, ed insieme colla minuta diligenza della casistica, si rende alla dottrina e alla giurisprudenza il migliore servizio: e l' Autore nostro l' ha reso. Ha voluto egli prendere le mosse dalle ragioni per le quali nessuno atto e giudicato da altro paese può avere la sua libera ed immediata esecuzione nel nostro; e combattendo le note dottrine della rappresaglia, ha trovato sulle nozioni prime della Autonomia degli Stati il principio onde tutta la materia emana. L' usciere nostro obbedirebbe forse ad altro ordine che non fosse quello del Re? E lo imprimere nel Regio Nome l' ordine solenne della esecuzione su gli atti e giudicati, ad altro forse potrebbe spettare fuorchè ai nostri Magistrati e pubblici Ufficiali? Riconosciute le quali necessità, non resta più se non di cercare il criterio, secondo cui debbasi attribuire o negare l' esecutorietà, e dal medesimo principio anche il criterio facilmente si deduce. In vero ogni Stato, per cagione dell' autonomia alla quale ha diritto, deve tutelare l' ordine pubblico, e la propria interna organizzazione con tutti quei modi che reputa necessari, e per cagion di contrari deve impedire tutti quegli atti che ad un tale scopo si oppongono. Così non avranno l' esecutorietà gli atti *contrari all' ordine pubblico, od al diritto pubblico interno del Regno:* e neppure l' avranno le sentenze rese da giudice non competente, contro convenuti non citati, non legittimamente rappresentati o legittimamente contumaci. Questo pure è contro l' ordine pubblico, che si abbia da eseguire un giudicato di tale che non essendo competente è men che giudice, od ha pronunziato senza contraddittorio, e con evidente offesa al sacro diritto di ogni cittadino di essere ascoltato in giudizio. Queste idee, come tutte le più semplici, non emersero se non dopo una lunga serie di errori e di confusione, dei quali l' Autore accenna quanto basta, ma colla rapidità dell' uomo che pieno la coscienza della trionfante dottrina, non ama di soffermarsi in minute e facili confutazioni. E viene poscia al commento della legge nostra, ed esamina quali sentenze straniere siano soggette alla revisione di magistrati nazionali, e presso qual

Digitized by Google

343(02)
D
42501

UNIV... DE LA ... CHO
No. 2277 ... 866
10 ... 1

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE GENERALE

VOL. II.

FÉ. LIBRERÍA
MADRID

Digitized by Google

343(450)

Digitized by Google

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
5319736984

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

42501

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

MEMBRO ONORARIO DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA, E DELLA SOCIETA' DEGLI AMICI DELLA EDUCAZIONE DEL POPOLO DI BELLINZONA; SOCIO CORRISPONDENTE DELLA REALE ACCADEMIA DEL BELGIO, DEL REALE ISTITUTO LOMBARDO DI SCIENZE E LETTERE, DELL' ISTITUTO VENETO E DELL' ISTITUTO DEGLI AVVOCATI DEL BRASILE; SOCIO DELL'ATENEO DI BRESCIA E DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI PALERMO, DI MODENA, DI MACERATA, DI URBINO, DE' LINCEI DI ROMA, E DEI PITAGORICI DI NAPOLI; PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DELL' ORDINE DEGLI AVVOCATI IN LUCCA; SENATORE DEL REGNO

PARTE GENERALE

VOL. II.

QUINTA EDIZIONE CON AGGIUNTE

LUCCA
TIPOGRAFIA GIUSTI
1877

Digitized by Google

L' Autore pone questa opera sotto la protezione delle veglianti leggi sulla proprietà letteraria.

b20822406
1297568 91

Digitized by Google

INTRODUZIONE

ALLA SECONDA SEZIONE

CARDINI DELLA PENA

Il secondo fatto che dopo il *delitto* si presenta alle contemplazioni della scienza criminale è la *pena*. Anche questo fatto, nella storia della vita umanitaria, risale dai giorni presenti alle tradizioni più remote, e traversa tutti i secoli con una effettività inalterata e costante. La coscienza del diritto è congenita all'uomo: ed è congenita a questa coscienza l'idea che quando un individuo avesse violato il diritto del proprio simile, a lui dovesse in conseguenza di tale azione infliggersi un patimento. Variò col variare dei costumi e con lo svolgersi delle diverse forme di civiltà la forza alla quale si attribuì lo impulso di simile fatto: che ora trovossi nello individuo; ora in una potenza soprasensibile; ora in una categoria di uomini privilegiati; ora nella aggregazione delle moltitudini consociate. Variarono di quel fatto i modi, i limiti, le forme, e le condi-

Digitized by Google

zioni: ma il fatto non mai cessò, non mai scomparve per un periodo quantunque brevissimo dalla faccia della terra. Non fuvvi popolazione, per quanto incolta, non fuvvi intervallo transitorio di tempo, benchè sbrigliato da ogni freno morale, nel quale la umanità non si mostrasse informata da questo pensiero della irrogazione di un male avverso quello individuo che aveva manomesso i diritti del proprio simile. Siffatta reazione, o procedesse da una spontanea intuizione razionale, o procedesse da un moto di sentimento, certo è che ebbe una manifestazione costante e perpetua. Cercare l' *origine della pena* è formula scolastica, ma vuota di senso: quando la pena si contempla in un punto di vista astratto e speculativo. Tanto varrebbe cercare l' origine della vita nell' uomo, quasichè l' uomo potesse avere esistito un istante come tale senza avere la vita. Dovunque furono uomini furono offese reciproche per impulso delle passioni egoiste, e fu violato il diritto; dovunque fu violazione del diritto fu immediato il desiderio della reazione, al quale tenne dietro (potendo) la repressione. È vanità cercare in un essere qualunque con la formula *origine* la genesi di una condizione di fatto, la quale fu congenita allo essere medesimo e sua costante compagna.

La formula scolastica *origine della pena* ha un concetto di verità quando la si usa in un senso pratico come indicativa dello svolgimento storico che ebbe nel corso dei secoli il magistero penale appo i diversi popoli finchè non giunse a quel modo di essere che la civiltà moderna gli ha dato. E in questo senso ancora noi (§. 587 e seg.) esporremo rapidamente questo processo storico. Ma la idea della

Digitized by Google

punizione del colpevole bisogna considerarla come un contenuto necessario e primitivo del diritto; e della natura che ebbe l'uomo di Essere moralmente libero e responsabile delle proprie azioni.

Certo è bensì che a quel fatto inalterato e costante si consociò sempre una idea che ne rivela la genesi razionale: ed è che quel fatto del punire il violatore del diritto si eseguì sempre a fronte levata e con la coscienza di fare cosa che fosse lecita e doverosa. Mentre il violatore del diritto cercò le insidie e le tenebre, il vendicatore del diritto, quando lo potè senza tradire i suoi fini, andò per diritta via, e mostrossi a fronte levata alla luce del giorno.

Che deve egli dedursi da ciò? La deduzione più retta, la più logica, la più spontanea si è questa; che la *pena sia un contenuto necessario del diritto.*

Ma dopochè quel secondo fatto si fu ripetuto indiscusso e costante quasi istintivamente dagli uomini nel primo stadio della vita umanitaria, volse questa al secondo suo stadio. È impossibile delimitare questi due periodi cronologicamente. Sonovi delle storie che non accettano numeri. Ma la differenziale di quei due stadj è certa pur essa e pronunziata quantunque descrivasi con una semplice idea. Dicasi il primo lo stadio di *azione,* e il secondo lo stadio di *riflessione,* o dicasi come meglio piace altrimenti, certo è che così gli individui come le moltitudini in un primo periodo *fanno e lo perchè non sanno,* mentre ad un secondo periodo vogliono *lo perchè di tutto quello che fanno.* E questa è l'idea che delimita i due periodi in un modo pronunziatissimo. Legge provvidenziale è cotesta onde in ciò che è di prima necessità del suo ordine l'uomo obbedisca

Digitized by Google

alla legge superiore che lo governa prima che il lume della ragione abbia potuto farne chiari alla sua mente gli effetti e le cagioni; ma poscia si riconduca alla sua sublime natura di Essere razionale, e si avvezzi a ripetere razionalmente e con ordine migliore ciò che prima istintivamente faceva. E in proposito di questo fatto della pena la umanità passò nel secondo suo stadio tostochè i pensatori volsero gl'ingegni loro a meditare la ragione del punire. Ed allora furono senza numero i pensieri, i sistemi, le formule che filosofi e pubblicisti, così antichi come moderni, vennero immaginando con voli di fantasia spesso eccentrici onde mostrare un ordine di ragione in ciò che gli uomini avevano sempre fatto senza tanto pensare. E questa elaborazione intellettuale era utile, anzi necessaria, perchè la cognizione delle cause serve di strada alla moderazione degli effetti ed alla migliore rettitudine loro.

Sarebbe però materia di un immenso volume l'opera di chi tutte volesse enumerare, analizzare, discutere le formule svariatissime e contradicentesi fra loro per le quali si aggirò nelle ultime sue vicende la dottrina penale. E frutto della fastidiosa analisi sarebbe più probabilmente il pericolo della confusione e dello intorbidamento.

Io mi limiterò dunque ad esporre concisamente la formula che ormai ha prevalso e prevale nelle scuole a noi più vicine, lasciando che delle altre faccia giustizia l'oblìo: ma tra queste io dovrò dar cenno di una, non perchè abbia delle altre fondamenti o speranze migliori; ma perchè i fautori della medesima sonosi di fresco più audacemente levati a muoverci guerra e tentare di demolire la nostra.

Digitized by Google

Della dottrina che noi professiamo ho già accennato il solidissimo fondamento quando ho detto testè che *la pena è un contenuto necessario del diritto.* Questa idea sarà la face che ci guiderà nel nostro discorso, e servirà al tempo stesso a combattere le aggressioni dei nostri avversari.

Di tutti gli altri sistemi basti un rapidissimo riassunto storico.

Appena gli uomini sentirono il bisogno di sottrarre il governo della punizione dei delitti dallo arbitrio sbrigliato della privata vendetta, e disciplinarlo sotto una qualche cosa di superiore che fosse di freno ai capricci degli offesi, nacque la così detta dottrina penale. E questa entrò nel suo corso storico, che si svolge in tre successivi periodi distinti l' uno dall' altro con caratteri pronunziatissimi.

1.° Il primo periodo di tenebre e di ignoranza, che troppo a lungo durò, può dirsi il periodo del *dommatismo.* Questo presenta due forme differentissime secondochè la penalità si governa subordinatamente ad un domma che vanta origine *divina* o da un domma che vanta origine *umana.* Ma il principio regolatore della penalità è identico. Si alterna in questo periodo la obbedienza a un precetto emanato direttamente da *Dio,* o ad un precetto emanato dai *principi della terra.* Ma sì nell' una come nell' altra forma tutta la ragione del punire consiste nel domma. Anzi la stessa formula *ragione di punire,* è formula che non ha senso pratico. La scienza penale non ha neppure un embrione di vita. Si vieta, si punisce, e si giudica secondo gli ordini insindacabili di una autorità che non ammette discussione: e quella che usurpa il nome di scienza non

Digitized by Google

è che un' arte di ermeneutica e di interpretazione. Il filosofo ed il giurista non hanno che una funzione miseramente passiva.

2.° Ma giungesi dopo lunghe lotte al trionfo della dottrina del libero esame. Il giure penale si emancipa anche esso dalle vecchie catene di una volontà che non tollera discussione: e qui sorride alla umanità la prima aurora della vera scienza penale. La scienza penale afferma la propria esistenza come organo di ragione. Ma tuttora bambina si agita incerta intorno allo appoggio che deve servirle di sostegno e di guida alla vece del domma dal quale ormai si è emancipata con libero volo. Ed ecco il secondo periodo nel quale la nostra scienza elabora sè stessa, e si viene maturando attraverso una serie di difficili oscillazioni. Ora sostituisce al vecchio domma il principio morale, ed incappa nello ascetismo: ora sostituisce a quello il principio dell' utile, e cade nel materialismo. Così vengono sorgendo le varie scuole, le quali tutte concordi nel desiderio di avere per guida non più l' autorità ma la ragione discordano peraltro intorno al principio razionale a cui devono ispirarsi i loro precetti.

3.° Finalmente sorge il terzo periodo, ed è quello nel quale noi, la Dio mercè, ci troviamo. Il periodo voglio dire nel quale la maggioranza dei giuristi e dei penalisti dei popoli culti hanno affermato con quasi totale unanimità di pensiero che il principio regolatore della nostra scienza deve essere la *legge giuridica*. La scienza penale assume allora tutta la sua nobile primazia come strumento della sovranità del diritto. Rispetta la morale, ma non se ne fa ciecamente alunna dove la missione propria non le im-

Digitized by Google

pone di prestare l' opera sua a servigio di quella. Rispetta la politica, ma sdegnosamente ricusa servire di strumento alle sue prepotenti esigenze. Essa proclama in sè medesima l' ufficio di mera guardiana del diritto; ed ha trovato una volta per sempre il faro che illuminerà tutti i suoi passi così nella azione come nella inazione.

Non fu il prodotto (1) nè di un Congresso giuridico, nè di un uomo che si facesse apostolo e propagatore di una dottrina, quello che unificò le principali scuole di diritto penale nelle genti civili, e le condusse a trovarsi sullo stesso terreno nella vitale e preliminare questione della ragione di punire e del suo fondamento giuridico. Fu un tacito accordo imposto dalla prepotente forza del vero, che per virtù di logica e per quella virtù che è congenita ad una grande verità, ad un dato momento della vita scientifica erompe ad un tratto, e si rivela contemporaneamente a parecchi intelletti, quasi per una intuizione meravigliosa e provvidenziale; fu lo spon-

(1) Quando questo scritto fu per la prima volta pubblicato separatamente, lo intitolai *Cardini della scuola penale italiana*. Ad occasione peraltro di quello non solo mi pervennero lettere di adesione dei più illustri professori d' Italia, ma eziandio da celebri criminalisti di altre nazioni di Europa, dallo insieme delle quali dovetti persuadermi che qualunque potesse essere stata la vicenda storica della dottrina della tutela giuridica, oggigiorno questa dottrina doveva riconoscersi come ecumenica appo tutti i popoli culti. Perciò ripubblicando questo scritto, secondo la sua prima destinazione, che era quella di servire d' introduzione alla seconda sezione della Parte generale del mio *Programma*, stimai consentaneo alla verità generalizzarne il titolo.

Digitized by Google

taneo svolgimento di una idea, quello che condusse i criminalisti nel presente secolo a prendere come fondamento della scuola criminale liberale un principio comune, voglio dire il principio della *tutela giuridica*. Fatto notabilissimo e memorabile. La scuola meridionale a Napoli ed in Sicilia, la scuola Veneta a Padova, la scuola Lombarda a Pavia, l' Italia centrale a Bologna e in Toscana, e dietro a queste tutte le altre scuole di Italia, si trovano oggi unanimi nello spiegare i tre grandi fatti del *delitto*, della *pena*, e del *giudizio* criminale con un pensiero comune; quello della sovranità del diritto e della sua protezione; e questo pensiero ha ormai prevalso anche nelle scuole di Alemagna, e va prevalendo in quelle di Francia e della Penisola Iberica. Inutile e vanitosa gara sarebbe quella che fra le nostre diverse scuole si sollevasse per rivendicare a questa od a quella la prima genesi di tale pensiero. Fu un pensiero che si rivelò contemporaneamente a quel giorno nel quale le idee erano mature, e maturo lo svolgimento della dottrina, sicchè potesse il concetto cardinale proclamarsi dall' una all' altra regione, e dovunque fra i giuristi seguaci della dottrina progressiva trovare un' eco come verità già sentita negli animi prima che ne fosse promulgata la formula. Non avvi più in Italia nè una scuola Toscana, nè una scuola Napoletana, o Lombarda, o Veneta. Avvi una scuola Italiana, e ciò basti. E questa scuola è tutta concorde nello stringersi attorno alla idea fondamentale che la suprema ragione di punire trova nel bisogno della tutela giuridica: nel bisogno cioè che il diritto sia sovrano della umanità; che questa sovranità sia mantenuta

Digitized by Google

incolume contro qualunque attacco; e che per conseguenza l' obiettivo primario dell' ordine sociale, l' unico essenziale a quest' ordine, sia il mantenimento della sovranità del diritto, del quale le potestà umane non sono che passivi strumenti in quanto si adoperano alla sua protezione. Esprimasi questa idea con la formula che il delitto sia la negazione del diritto e la pena la sua riaffermazione; si esprima con la formula della protezione che l' ordine sociale dà alla legge giuridica; si esprima con la formula più recisa, tutela giuridica: tutto torna allo stesso. Il concetto non è che uno; è il diritto sovrano del mondo morale; suo strumento ogni altra istituzione. È il diritto che impone agli uomini lo stato di società civile come una verità preesistente a lei; è la rejezione perpetua del sogno superbo che voleva porre sotto i piedi alla società civile il diritto, immaginandolo una creazione di quella, mentre il diritto preesiste a lei, ed essa non ha ragione di essere tranne come sua serva e come strumento necessario alla sua conservazione. È in una parola la rejezione perentoria e definitiva di tutti gli errori delle vecchie scuole, i quali qualche Alemanno contemporaneo (come vedremo) vorrebbe con mostruoso connubio congiungere con la nostra dottrina, per la unica ragione che vogliono parlare di questa dottrina senza conoscerla.

Ma mentre questo pensiero si stava elaborando in Italia, e ne sorgeva quella dottrina e quella scuola alla quale noi crediamo pertenga lo avvenire come retaggio predestinato da Dio a tutte le verità, veniva sorgendo circa mezzo secolo addietro nella Germania una dottrina diversa; veniva sor-

Digitized by Google

gendo una scuola (1) alla quale noi demmo il nome di correzionalista, che in sostanza respingeva lo assoluto del principio della tutela giuridica, e alla vece

(1) Il rispetto esagerato che io qui professai verso la opinione correzionalista mi procacciò amichevole rimprovero per parte di uno dei più celebri luminari della scienza criminale in Germania. Ossequente sempre alla verità io riproduco qui la lettera stessa: trattasi di uno stato di fatto intorno al quale io non sono in grado di assumere alcuna responsabilità. Ecco la lettera:

Carissimo Signore e Collega

4 settembre 1875

Vi ringrazio mille volte della gentilezza che usaste verso di me, mandandomi il vostro lucidissimo lavoro — Cardini della scuola penale Italiana —.

Permettetemi però di protestare contro un errore vostro.

Alla pagina 5 *del vostro opuscolo parlate di* una scuola correzionalista nella Germania. *Cotale* scuola *non esiste fra noi, ammenochè non sia vostra opinione che il* pensiero individuale *di qualche insegnante (quantunque insigne) basti per formare una* scuola.

Il Roeder è fra gli insegnanti delle nostre Università il solo criminalista *che siasi costituito rappresentante del correzionalismo penale. Vi è fra i patroni del sistema cellulare nella Germania un numero di Direttori carcerarj che seguono la teoria del Roeder. Ma nello insegnamento universitario la dottrina del Roeder non può dirsi stabilita in nessuna maniera.*

Anche fra noi ed in tutta la Germania, la teoria della tutela giuridica è da lungo regnante *e* sovrana, *benchè la formula e il titolo non siano sempre identiche colle vostre. Ma il concetto è perfettamente lo stesso, grazie alla forza delle idee inaugurate dal Kant e dall' Hegel. Secondo la maggioranza veramente immensa dei voti scien-

Digitized by Google

di quello poneva come fondamento della ragione punitiva la emenda del colpevole. E questa dottrina, che diede fama allo illustre R o e d e r, venne nel giro di un mezzo secolo acquistando proseliti ed allargando la propria dominazione, ajutata da ciò che ha in sè di simpatico e di sublime il pensiero di convertire la pena in un bene, e di associare la umana giustizia alla opera della Divinità per farne uno strumento della umana rigenerazione, togliendo d' attorno a lei tutto ciò che nei barbari tempi ne costituiva esclusivamente la idea fondamentale e la sua supposta essenzialità. L' obiettivo di questa scuola è nobile e seducente, e noi l' accettammo come un' alleata, come una sorella adiutrice degli

tifici il diritto di punire è inerente alla idea pratica e tutelare *della giustizia; e indipendente tanto dalla necessità, quanto dalla possibilità della correzione. Il Roeder forma in faccia a questa schiera di insegnanti, tutti concordi con Voi, una eccezione singolare, che si potrebbe dire quasi un* CELLULARISMO SCIENTIFICO. *Per me, non ho mai cessato di combattere quell' arbitrario concetto della* correzione *assunta come* principio *della pena, lasciandogli il suo valore relativo finchè si tratta della applicazione della pena (giusta nella sua origine) nella sua forma, e nella sua misura. Il* principio *della correzione, come base del diritto punitivo sarebbe* l' incerto, l' indefinito, la barbarie dello arbitrario amministrativo *sotto titolo di filantropia.*

La tutela giuridica, *nel senso nel quale voi la spendete, è dunque* Cardine *anche della nostra scienza Germanica.*

Vi riverisco amichevolmente

Vostro devotissimo Collega
PROF. F. VON H. . . .

Digitized by Google

intendimenti nostri. Ma esitammo ed esitiamo tuttavia a riconoscerla come guida assoluta della dottrina, non perchè alcuna antipatia ci respinga da lei; ma soltanto perchè dubitammo e dubitiamo che essa non sia *sufficiente,* al bisogno. E dubitammo e dubitiamo che anche qui si rinnovi quel gravissimo danno che perpetuamente minaccia le idee liberali da noi coltivate con indefesso amore; il danno cioè che la troppa esagerazione del progresso aiuti i suoi perpetui nemici, e somministri loro armi e pretesti per respingere la umanità agli orrori deplorabili del passato.

Questa novella scuola aveva buona ragione di dirsi più progressiva della nostra: ed in faccia a questo suo vanto tacemmo. Ma, viva Dio, non aveva il diritto di calunniarci come retrivi e come mantenitori delle feroci idee medioevali, perchè tale insinuazione era agli antipodi degli intendimenti nostri e smentita da ogni nostra parola. Laonde noi avevamo buon diritto di protestare contro l' accusa mendace, sia che da errore o da emulazione nascesse, o da un fiele mal concepito ed inesplicabile.

A torto i capitani della scuola correzionalista si guarderebbero dai nostri come nemici da combattere. Tutt' altro che ciò. Noi siamo pronti a darci mani e piedi alle loro dottrine quando avvenga che a loro riesca farci persuasi della sufficienza delle medesime ai bisogni dell' ordine sociale. Ma di questa sufficienza non riesce ancora di farci persuasi, e finchè dubitiamo di ciò ci atteniamo alla dottrina nostra, ed alla scuola Italiana aderiamo come la unica che possa riescire praticamente vera.

Ed ecco che uno dei luminari di quella scuola, il R o e d e r, scende in campo aperto a darci bat-

Digitized by Google

taglia, movendo guerra non al nostro sistema, ma ad un sistema nel quale esso raccoglie tutte le eresie di un passato da noi pure maledetto, e ce le getta in faccia accusandoci ad arbitrio suo di esserne i propugnatori. La battaglia su questo terreno non possiamo accettarla. Non possiamo lasciarci imporre dal sig. Roeder la vergognosa giornea di sostenitori di opinioni che abbiamo sempre combattuto. Si disputi fra noi intorno la convenienza di ulteriore progresso. Ma non si tenti di spingerci addietro contro nostra voglia per dare il gusto al nostro oppositore di chiamarci retrivi, ed a lui di usurpare la gloria di tutti i progressi che abbiamo già proclamato, come se tutti fossero il prodotto della sua scuola mentre in verità non lo sono; e l' Italia ormai li ha da più di un mezzo secolo (auspice il magnanimo Carmignani) accettati e fatti propri.

Vi è dunque fra lo assunto di Roeder e il nostro questa differenza essenziale. Esso combatte un ideale che non esiste, e simula una discordia che in modo alcuno non è, per aprirsi facile strada ad un immaginario trionfo. Noi invece, obbedienti alla vera situazione, ci vantiamo di avere fino ad un certo limite una fede comune con la dottrina della pena emendatrice; e soltanto manifestiamo dei dubbi intorno agli ulteriori progressi di tale dottrina.

Ecco ciò che avvi di differente nelle due scuole. Gli avversari vogliono demolirci, noi invece vogliamo chiamare i supposti avversari come alleati sotto una stessa bandiera stringendoci in un fraterno accordo per quanto è possibile. E ciò che havvi di differenziale nel respettivo intendimento porta naturalmente a differenti modi nella contesa. Poichè gli

Digitized by Google

avversari volendo rimproverarci un errore non sempre possono serbare i modi di fratellanza nella controversia, nè sempre astenersi dal travisare i nostri insegnamenti. Laddove noi, che alla dottrina loro non rimproveriamo lo errore ma soltanto i pericoli di una soverchia esagerazione, saremmo contradittorii con noi stessi se alla loro scuola noi ricambiassimo gli anatemi che essa lancia contro le aberrazioni da lei falsamente attribuite alla nostra.

Io sono per sistema nemico delle polemiche. Dico il pensiero mio o come opinione o come dubbio, secondo ciò che credo conforme al vero, e lascio che altri pensi diversamente a sua posta. Ma quando si aggredisce il principio fondamentale adottato come suo cardine da tutta la scuola Italiana, più non trattasi di una opinione ma di una fede: allora bisogna combattere o bisogna morire. E la polemica diviene poi una necessità quando un contradittore ha il coraggio di ascriverci ad una bandiera che non è la nostra. Allora male si adatta il concetto di una polemica dove nella realtà si trova concordia, poichè non è polemica rispondere allo avversario che egli calunnia le nostre intenzioni ed altera i nostri concetti. Arte finissima di versipelle nemico screditare uno insegnante col rimproverargli tutto il contrario di quello che pensa e che dice.

Il guanto alla scuola Italiana è stato gettato da Roeder nell' articolo che si legge nella *Rivista penale* di *Lucchini*, al *vol. 2, pag. 273 e seg.* sotto il titolo — *sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria della emenda.* E dico alla scuola Italiana senza timore di essere smentito dai miei confratelli, perchè quantunque al nostro cen-

Digitized by Google

sore sia piaciuto proferire i soli nomi di Ellero e di Carrara, rimpiccolendo così la falange che si preparava a combattere, e pigliando per obiettivo quanto a quest' ultimo non i molteplici scritti nei quali ampiamente ha svolto il proprio sistema, ma facendo (non so per quale vaghezza) suo obiettivo speciale due dissertazioni pubblicate in idioma Spagnolo (1); io sono ben certo che Pessina, e Tolomei, e Buccellati, e Canonico, e gli altri nostri insigni confratelli, non ci deserteranno della loro alleanza, e ci daranno aiuto alla difesa di un principio che (messa da banda la insignificante varietà della formula) è il vessillo comune di tutta la scuola Italiana (2).

Base del nostro sistema è un dogma primordiale: quello cioè che sia nella essenza della natura umana lo avere dei *diritti*. Noi stimiamo impossibile negare seriamente questo postulato: stimiamo vanità pigliare a dimostrarlo.

(1) Fu pubblicata in idioma Spagnolo, nel Giornale la *Escuela del derecho vol.* 1, *pag.* 23, la mia dissertazione alla quale fu dato il titolo — *ideas sobre el derecho penal:* e che venne riprodotta in Italiano nei miei *Opuscoli* (*volume* 1, *opuscolo* 4) col titolo — *varietà della idea fondamentale del giure punitivo.* Fu pubblicata in Italiano come Prolusione al mio corso accademico dell' anno 1863 l' altra mia dissertazione sotto il titolo *emenda del reo* (*Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 5) e che, tradotta in idioma Spagnolo nell' anno 1864, il Roeder ha trovato nella *Escuela del derecho* al *vol.* 4, *pag.* 318.

(2) Questa mia previsione non fu delusa dalla benevolenza dei miei colleghi.

Digitized by Google

Da questo primo postulato emerge spontaneo l' altro che l' uomo, poichè è un Essere fornito di diritti, abbia insieme con quelli la potestà di esercitarne la protezione entro i limiti del bisogno. È una necessità logica che il *diritto* abbia per suo immanchevole contenuto la potestà della propria *difesa*. Negare ciò implicherebbe contradizione, perchè varrebbe affermare e negare, e dare e ritogliere al tempo medesimo. Quel diritto al quale ogni uomo potesse a libito proprio ricusare osservanza e rispetto, più non sarebbe un *diritto:* sarebbe un altrui benefizio arbitrario. Ma l' uomo deve avere dei diritti lo esercizio dei quali sia libero nella sua mano, cioè dipendente non dalla altrui volontà ma dalla sua propria, perchè il diritto è essenzialmente la libertà; e questa libertà è necessaria all' uomo onde egli possa compiere i propri doveri sopra la terra: e così la suprema legge *morale*, che è il distintivo della umanità, diviene una legge *giuridica* che in sè contiene la necessità della propria protezione.

Ma è una verità di *fatto* da tutti sentita, e non oppugnabile come fatto, che la sola volontà e le sole forze di un individuo isolato sarebbero assai meno che sufficienti alla tutela giuridica: con la qual formula per noi si intende non già una subordinazione del *diritto* alla sua *tutela*, ma invece la subordinazione della *tutela* ai bisogni ed ai limiti del *diritto* tutelato. Se dunque per la legge suprema dell' ordine umanitario il diritto *deve essere*, e deve trovare sulla terra una protezione *efficace* per quanto è possibile; discende la ulteriore conseguenza che l' ordine imposto per legge assoluta alla umanità sia la *consociazione civile;* vale

Digitized by Google

a dire lo aggregarsi delle moltitudini sotto l' autorità di un centro direttivo; il fornire a questo centro i poteri necessari a tutelare efficacemente i diritti dei consociati; e così riconoscere fra i più eminenti contenuti di questo potere quello di esercitare una azione violenta, immediata, sensibile, o per via di coazione o per via di sanzione, avverso qualunque aggressione degli umani diritti.

Puossi egli in questo sistema trovare alcun che di *falso;* un asserto che non dia prova di sè medesimo? Questo a noi pare impossibile. Impossibile negare all' uomo il diritto, e la facoltà del suo godimento: impossibile negare al diritto il necessario contenuto della propria protezione: impossibile affermare nello individuo isolato la sufficienza di siffatta protezione: impossibile dunque negare la necessità assoluta della società civile e della potestà nella medesima di esercitare, secondo i casi, o la forza di prevenzione, o la forza di coazione, o la forza di sanzione entro i limiti del bisogno della tutela giuridica.

Il nostro sistema è dunque *vero* in radice.

Può egli dirsi altrettanto del vantato DIRITTO DI CORREGGERE? Noi nol crediamo: e non lo crediamo sia che esso voglia considerarsi *astrazione fatta dal diritto* e dai bisogni della umanità, sia che voglia guardarsi ancora esso alla sua volta come una *emanazione della legge giuridica.*

Non lo è nel primo punto di vista, poichè in questo non offrirebbe niente di più che un principio puramente ascetico: esso implicherebbe l' affermazione nell' uomo della potestà di condurre gli altri uomini anche con mezzi coattivi e violenti ad uniformarsi alla legge morale, in una parola ad essere

Digitized by Google

buoni e migliorare sè stessi. Lo che se può pigliarsi come norma di un Collegio o di un Seminario o di un istituto qualunque puramente educativo, non può accettarsi come regolo della autorità sociale; e nessuno lo vorrebbe tostochè calcolasse le conseguenze applicative di simile signoria del principio ascetico: il quale condurrebbe chi ciecamente lo abbracciasse alla più esosa delle tirannidi.

Non lo è nel secondo punto di vista, poichè se tutti riconoscono nella autorità sociale il diritto di *impedire il male,* nessuno vorrebbe spingere questa sua potestà fino al punto di *impedire la potenza del male.* E la società che affermasse avere il diritto di correggere il delinquente per essere *certa* che non tornerà a delinquere, spingerebbe i suoi poteri dal campo della realtà al campo di una previsione meramente congetturata; mercè la quale diverrebbero legittimamente punibili anche le malvage intenzioni e le cattive tendenze. E poi ad ogni modo si ritornerebbe, mediante un circolo, alla difesa del diritto, allargandone con evidente esorbitanza il campo; ma il principio cardinale sarebbe sempre identico; e sarebbe sempre identico il *concetto del mezzo;* non sapendo concepirsi seriamente una correzione efficace delle male tendenze individuali la quale non avesse per suo mezzo la irrogazione di un male sensibile o di un dolore presente che vincesse lo impulso dei malvagi appetiti e delle prave abitudini. Il sistema in questo punto di vista si ridurrebbe sempre a difendere il diritto mercè il miglioramento dei perversi; salvochè aspirerebbe ad un bene soprasensibile, laddove bastando ai fini della autorità la consecuzione del bene sensibile, il di più

Digitized by Google

non potrebbe considerarsi che come una utilità desiderabile ma non adeguata a dar ragione dei mezzi violenti della repressione penale. Non può dunque, come principio assoluto del *diritto alla repressione*, accettarsi lo asserto *diritto alla correzione;* che se si guarda nel rapporto della correzione *interna* non dà una ragione assoluta di sè medesimo; e se si guarda nel rapporto della correzione *esterna* si compenetra e si unifica con la tutela giuridica. Affermate ad un perverso il diritto di correggerlo, con la formula *voglio che tu sia buono;* ed egli negherà obbedienza a simile volontà, rispondendo che vuole essere cattivo a sua posta e desiderare il male a sua posta senza che altri possa (senza cadere in tirannide) mescolarsi di ciò finchè egli non è offeso nel godimento delle sue libertà. Affermate ad un perverso il diritto di punirlo, con la formula io *voglio minacciarti questa pena per indurti a rispettare i diritti miei;* ed il perverso, che necessariamente afferma in sè stesso i propri diritti o la facoltà di proteggerli, non potrà negare il postulato sul quale voi adagiate la minaccia della vostra punizione.

Base del nostro sistema è dunque una verità assoluta, una vera necessità: base del sistema opposto è un asserto arbitrario, ed una mera *utilità congetturale.*

Dicano pure gli oppositori nostri che — *si irride ad ogni legge morale allorchè si voglia rimanere fermi nella idea che sieno base e scopo della pena la giustizia o la riaffermazione dell' ordine giuridico, o simili, anche senza altra più determinata e sostenibile designazione di quello che con*

Digitized by Google

queste espressioni possa sottintendersi; essendochè da tali parole imprecise e generali nulla si può ricavare che possa essere utile al diritto penale: ma questo rimprovero incontra per il primo da parte nostra la perentoria risposta che spesso dovremo ripetere; cioè che questo *rimprovero non ci ferisce.* Se esso può giustamente colpire una dottrina puramente ascetica la quale voglia descriversi con la formula, tutta soprasensibile, della *giustizia assoluta* (da me pure reietta) non ci sembra che ugualmente ferisca la formula della *restaurazione del diritto,* che ha qualche cosa di più materiale e sensibile nella sua estrinsecazione. E certi siamo che non ferisce la formula nostra della *tutela giuridica,* con la quale noi sempre intendemmo di esprimere un concetto fecondo di pratici risultati pei bisogni della sicurezza di tutti gli individui.

Meno assai riproduce le nostre idee chi ci attribuisce di considerare come sinonima la *tutela giuridica* e la *difesa sociale,* mentre noi abbiamo costantemente considerato come distinte (anzi opposte) quelle due formule, ed abbiamo reietto la seconda confermando la verità completa della prima. E perchè anche altri ci aveva inavvertentemente attribuito quella sinonimia, abbiamo dato opera a scritti specialmente ed appositamente destinati a rinnegarla e combatterla: i quali scritti se non sono pervenuti alle mani dello illustre Alemanno non è nostra colpa; e soltanto rispettosamente ci permettiamo di dire che il sistema di un filosofo, completamente svolto sotto ogni sua faccia in 15 volumi pubblicati nel corso di 14 anni, non può con esattezza giudicarsi lealmente sul semplice studio di due dis-

Digitized by Google

sertazioni che neppure furono pubblicate nello idioma natio.

Ciò che al sig. Roeder sembra rimanere una incognita nel mio sistema, e lo lascia desideroso di una spiegazione più chiara, mi pare abbia ricevuto ogni possibile spiegazione fino alla nausea nei molteplici scritti coi quali ho pazientemente elaborato la significazione che la formula da me adottata ha ricevuto nel concetto italiano. Certo è che ogni pagina da me vergata rende impossibile allignare nell' animo il menomo dubbio sulla repugnanza del Carrara alla pena di morte, della quale io sono sempre stato oppositore radicale e assoluto: e lo sono stato e lo sono e lo sarò finchè vivo, non per motivi di mera opportunità, ma per il sommo principio che la vita umana è inviolabile tranne la collisione di uno stato attuale di necessità impreteribile. E quanto alle pene *perpetue* non è vero che io le abbia considerate come *necessarie* in modo *assoluto*. Io mi sono limitato a non trovare una suprema ragione di divieto contro quelle pene ed ammetterne la possibile legittimità in un modo puramente *contingente*, cioè subordinatamente al bisogno della *difesa del diritto*. E di vero, non è egli forza che la legittimità delle pene perpetue in *genere* si ammetta anche dagli stessi nostri oppositori? Ponete la ipotesi di un micidiale che ostinatamente dichiari e dimostri di volere perseverare nelle stragi dei propri simili per libidine di sangue, e credo bene che anche i più caldi seguaci della dottrina della emenda non oseranno negare alla autorità il diritto di impedire a costui i suoi perpetui macelli della umanità, col tenerlo perpetuamente recluso; quantunque

Digitized by Google

anche in faccia a costui non si possa ammettere la legittimità della pena di morte, appunto perchè alla *tutela giuridica* è sufficiente la reclusione. Io respingo pertanto come esorbitanti dai limiti di una leale polemica tutte le insinuazioni con le quali vorrebbesi trovare nel mio sistema l' accettazione delle pene capitali e dei tormenti e martirii irrogati al delinquente. Con uguale arbitrio potrebbe rimproverarsi ai partigiani della emenda del reo l' ammissione delle flagellazioni a sangue, che pure in altri tempi si pretese di usare legittimamente sotto il pretesto di correggere il peccatore indurato. Non avvi principio del quale non possano le umane passioni abusare. Ma questo pericolo è evidentemente più grave in un principio che non abbia *in sè medesimo i propri limiti:* ed è assai minore in una formula che contemporaneamente attribuisce la potestà e ne circoscrive i confini, come è quella della *tutela giuridica.*

Giustamente Roeder osserva che la formula *tutela giuridica* non è esclusivamente giustificatrice del giure penale, mentre essa dà ugualmente ragione alla autorità sociale dello esercizio del *magistero civile,* e poteva dire eziandio, entro certi limiti, del *magistero di prevenzione.* Ottimamente: ma ciò che al dotto Alemanno porge occasione di rimprovero e di censura contro la nostra formula, ne forma invece il più bello elogio, mostrando come dessa risponde ai bisogni della scienza politica in ogni suo punto di vista. Con la formula *tutela giuridica* noi non intendemmo mai di dare ragione soltanto del diritto di punire nella autorità sociale. Perchè sempre considerammo essere impresa prepostera quella

Digitized by Google

di cercare la ragione di essere della *pena* se prima non erasi prestabilita la ragione di essere della società civile e della *autorità* preposta a governarla. La pena, agli occhi nostri, non è un fatto isolato, ma come opera di ragione è un anello di una grande catena, lo insieme della quale completa l'ordine *morale* imposto dal Creatore alla umanità. Tutti questi anelli hanno la loro convergenza al servigio di un fine supremo e assoluto. E questo fine, che giustifica secondo i casi la irrogazione di un male come punizione di un fatto, giustifica in altre condizioni l'uso della forza per costringermi a dare ad altri ciò che è suo e che ingiustamente io vorrei ritenere; ed in altri casi a subire certi divieti a scanso di relativi pericoli. Questo principio supremo è la sovranità del diritto, che io venero non come pura astrazione, ma come designazione di un fattore perpetuo ed indispensabile di bene, come correlativo della libertà umana. Ammesso come assoluto che questo bene debba essere aiutato e protetto dalla autorità sociale, io trovo in questo fine la ragione unica dello essere di lei, e della legittimità di quanto essa opera subordinatamente alla necessità del fine medesimo, vale a dire della *tutela giuridica*. Così un solo concetto mi fa tranquillo sulla legittimità di tutti gli ordini civili purchè si contengano entro i rispettivi limiti: provvedimenti di buon governo; magistero civile; magistero penale, sono forze che hanno uno identico punto di partenza e che definitivamente si dirigono allo identico scopo. E lo scopo della autorità sociale non è più soltanto quello di opprimere i sudditi con imposte o di martoriare i delinquenti, ma quello bensì più sublime e più santo

Digitized by Google

di far sicuri tutti i consociati nel godimento delle individuali libertà con la minore possibile restrizione delle libertà altrui. E se il non essere saltato su ad un tratto a dare ragione della autorità che reca all' uomo un male sensibile senza trovare la naturale connessione di questo fatto con la generale destinazione di quella autorità vuolsi riprovare come un difetto del sistema da me accettato, io mi permetto di tenerlo più caro precisamente per cotesto preteso difetto.

Quando poi si obietta che la formula della tutela giuridica non somministra ragione alcuna per negare all' autorità la potestà di uccidere il colpevole, si fraintende evidentemente il concetto delle nostra formula, e di nuovo si cade nella cavillosa parificazione delle due formule *difesa sociale* e *difesa del diritto*. La prima noi rigettammo sempre in quanto la si volle intendere nel modo sofistico che guardava la società come ciò che aveva diritto alla difesa anzichè guardarla come la istituzione alla quale incombe l' obbligo di difendere il diritto in ogni sua forma; e potrà benissimo dirsi, da chi adotta quella formula cavillosa, noi abbiamo diritto di uccidere perchè abbiamo diritto di difenderci; ed è questo appunto il perpetuo errore degli antiabolizionisti. Ma ciò non dicemmo noi; nè a ciò conduce la dottrina nostra della *tutela giuridica*. Questa conduce anzi direttamente alla conclusione opposta; perchè se il diritto deve essere difeso *impersonalmente*, deve essere difeso in *tutti*, e così anche nello stesso colpevole, il quale ha il diritto di non essere ucciso quando ciò non si esiga dallo attuale ingiusto pericolo di vita altrui; ha diritto di non

Digitized by Google

essere punito oltre quella misura che impone il bisogno della difesa degli onesti; ha diritto di non essere inutilmente martoriato; in una parola ha diritto di sostenere che l'autorità sociale nello esercizio del magistero punitivo ha dei LIMITI impreteribili. Ecco la ultima conclusione che logicamente emana dalla formula della quale assunsi con caldissima fede lo apostolato. Molti la intendono superficialmente e restrittivamente ai diritti dei così detti onesti. Ma tale non è il suo concetto; perchè anche i colpevoli hanno i loro diritti: e poichè è sorte umana che anche in mezzo alle colpe si mantengano i diritti che pertengono al cittadino giusto, nè può affermarsi davvero che l'uomo perchè trasceso ad un fallo sia decaduto dalla sua natura di *essere fornito di diritti,* la tutela giuridica abbraccia tutti subordinatamente alla respettiva posizione. E il magistero penale viola il debito della tutela giuridica così quando trascura di punire il delinquente, come quando lo punisce oltre la debita misura e fuori delle debite condizioni. Queste sono le dottrine che io sempre professai. Con qual fronte e con qual coraggio si arroga il novello censore la balìa di imprestarmi dottrine precisamente contrarie. È ciò permesso in una discussione leale!

Così dalla formula *tutela giuridica* la potestà di punire riceve ad un tempo stesso la propria *genesi* razionale ed i propri *limiti.* Potrà egli dirsi altrettanto della formula *emenda del reo?* Noi abbiamo dimostrato come serva a moderare gli eccessi del giure penale la nostra formula; e questa dimostrazione non si è aspettato a darla oggi da noi dietro la sfida dello avversario, ma non abbiamo fatto che ricor-

Digitized by Google

darla come già contenuta nel nostro sistema e già chiarita nel suo svolgimento. Dimostrino ora gli avversarii nostri come possa con uguale imperiosità raggiungere identico effetto la formula loro. Il mio corto intelletto non giunge ad indovinarlo, e quanto adesso vado ad osservare mi conduce a dubitarne.

Ora guardiamo i due sistemi sotto il punto di vista della respettiva *sufficienza* a dare ragione del giure penale in tutte le sue fasi ed in ogni sua forma.

Nella formula che il giure penale *difende il diritto* si contiene la giustificazione del giure criminale così in quella parte nella quale detta il *divieto*, come nella parte nella quale *misura la repressione*, come nella parte nella quale regola i *procedimenti* per la *verificazione del delitto* e per la *ricerca del colpevole*.

Si giustifica con quella formula il *divieto*, e la cosa è evidente: e al tempo stesso si racchiude il diritto di proibizione in un cerchio di ferro che non può varcarsi dalla autorità senza eccesso di potere; ed a lei si impone di nulla vietare all'uomo tranne ciò che offende i diritti altrui. Dite alla autorità che essa legittimamente vieta tutto quello che rende l'uomo peggiore o che ne rende più difficile la correzione, e poi trovate se vi riesce un confine che faccia sicure le libertà individuali da intollerabili vessazioni claustrali. Ed ecco che la seducente formula della *emenda* si presta a divenire strumento della più dispotica tirannia: e si viene dirittamente ai moniti arbitrari ed alla legge dei sospetti.

Si giustifica con quella formula la *misura della repressione*, perchè per ragione naturale ne discende la proporzione della punizione con la importan-

Digitized by Google

za del male temuto, ed il calcolo della medesima in rapporto agli impulsi a delinquere. Dite invece che la pena si misura sul *bisogno della emenda*, e voi riducete il giure punitivo ad una funzione tutta sperimentale. Sperimentalismo che è praticamente impossibile attesa la infinita variabilità dello umano sentire; e che per propria necessità conduce a porre in pericolo i buoni sull' appoggio di una mera speranza; ed a favorire il malvagio più artificioso, che è appunto il maggiormente temibile.

Finalmente la formula della *tutela giuridica* è sufficiente a dare ragione in ogni sua parte della necessità degli ordini procedurali in materia criminale e della santità del rito che deve governarli. Ne dà completa ragione, perchè la giustizia non si può mai servire dove non si è raggiunta la verità: e le forme procedurali sono l' unica guarentigia che l' autorità possa dare ai cittadini della osservanza del vero nelle sue indagini relative al delitto ed al delinquente. È completa, poichè ha per suo contenuto il duplice rapporto sotto il quale è in debito la società di esercitare la *tutela giuridica* mediante il giudizio criminale: nel rapporto cioè della difesa dei cittadini onesti che furono passivi o immediatamente o mediatamente del delitto, ed i quali giustamente reclamano il reintegro della loro tranquillità ed opinione della sicurezza facendo cadere la pena sul vero colpevole: nel rapporto dei cittadini caduti in fallo, i quali pure devono essere protetti avverso i rigori eccessivi di ufficiali troppo zelanti: e nel rapporto degli innocenti che un fatale equivoco o la malignità altrui fece apparire caduti in fallo, e così si videro posti in figura di colpevoli, ed ai quali

Digitized by Google

deve essere aperta larga via alla propria difesa affinchè non rimangano vittime di errori giudiciarii, con danno ingiusto di loro e con perseverante danno della società tuttavia minacciata dal vero delinquente impunito. Di tutto dunque l'organismo penale da capo a fondo ne rende ragione la formula della *tutela giuridica;* e ragione sufficiente e completa; nè avvi momento delle sue operazioni che rimanga scoperto; e per conseguenza l'animo accetta tranquillo e *divieto* e *punizione* e *rito procedurale,* perchè in tutti questi ordini altro non vede che lo svolgimento della necessaria difesa del diritto, la quale è come il diritto stesso un contenuto impreteribile nell'ordine umanitario.

Si ottiene egli altrettanto neppure in quest'ultimo punto di vista con la formula *emenda del colpevole?* Io non giungo a persuadermene, e perciò la formula della *emenda,* che trovo buona e santa e venero io pure come regolo sussidiario e come fine accessorio del giure penale, non posso accettare come unica e sovrana dominatrice della dottrina (1). Io capisco con tutta facilità che il rito procedurale debba essere con ogni studio prescritto e religiosamente osservato finchè voi me lo date come guarentigia che il diritto sarà per suo mezzo difeso. Non so trovare ragione di eguale scrupolo quando venite a dirmi che le solennità del giu-

(1) Questo mio modo di vedere fu già propugnato fino dal 1869 dallo illustre W. T. Wahlberg Professore alla Università di Vienna nello scritto che ha per titolo *Il principio della individualizzazione nel Giure Penale, Vienna* 1869.

Digitized by Google

dizio criminale hanno per fine *la correzione del colpevole.*

E innanzi tutto, se accettassi questa dottrina, io mi troverei agitato da gravissimi dubbi su questo metodo della pubblicità dei giudizi che tanto si careggia dai popoli civili e dai sacerdoti sinceri della giustizia. La pubblicità dei giudizi è guarentigia di verità, ostacolo alla calunnia, remora alle precipitate pronunzie, è strumento più sollecito di esemplarità e di ristabilimento della opinione della sicurezza e della inviolabilità del diritto, del quale è il giudizio stesso una prima riaffermazione. Tutto questo è intuitivo. Ma la pubblicità dei giudizi può essa considerarsi come una regola costante richiesta dal bisogno della correzione: o piuttosto incontra la grave difficoltà di essere ostativa alla emenda? Riflettasi seriamente sugli effetti morali che lo scorno di un giudizio solenne pubblicamente agitato al cospetto di una intera città può esercitare sull' animo e sulle condizioni esterne di un giovine che per un momentaneo traviamento abbia meritato una pena. Dicasi, senza spirito di parte, se veramente credesi che quella pubblicità rechi vantaggio alla desiderata emenda, o se piuttosto sia una forza che ne renda più difficile il conseguimento. Riflettete su questo calcolo così importante, ed eccovi ad un dilemma inevitabile. O ponete la *tutela giuridica* al di sopra del fine della emenda, e siete in obbligo di mantenere la pubblicità dei giudizi quantunque vi siate persuasi che quel colpevole si sarebbe più facilmente emendato se a lui si fosse risparmiato quel pubblico scorno. O invece il fine supremo del giure penale voi lo trovate nella correzione dei colpevoli, e la

Digitized by Google

logica vi fa un dovere di immolare a questo supremo bisogno la forma orale malgrado tutta la sua riconosciuta esemplarità ed utilità sotto il rapporto della tutela giuridica, tostochè dobbiate riconoscere che ne nasce un impaccio alla correzione. E così ci avete renduti scettici intorno a questo piedistallo della procedura moderna. E tanto basta perchè la vostra formula, per quanto le si conceda una parte di verità, rimanga insufficiente ai bisogni delle discipline penali.

E della massima, per tanti secoli ripetuta, che in *dubbio* è meglio assolvere anzichè condannare, che ne farà essa la pura scuola correzionalista? Come dimostrerà che quando è *dubbio* se io abbia o no bisogno di essere corretto, sia buono piuttosto preferire di non correggermi? Come dimostrerà che ad un dato punto l' autorità sociale debba arrestare i suoi procedimenti e rimanersi nella inazione quando non ancora ottenne la positiva certezza che io fossi emendato?

Cosa avverrà della vecchia regola *nemo auditur perire volens,* e della consecutiva dottrina che nega ad un cittadino la potestà di suicidarsi con una confessione? Come si respingerà l' uomo che si presenta al suo giudice dicendo che ha bisogno di essere corretto; che ha diritto di ottenere la propria emenda dal magistero penale; e che nessuno meglio di lui può essere giudice del bisogno nel quale versa? Voi date fede al condannato quando per abbreviare la sua pena fa mostra di essere corretto. In forza di qual principio gli negherete voi fede quando francamente dichiari di sentirsi bisognevole di una correzione ulteriore? Non potrete più ri-

Digitized by Google

correre alla generalità che interdice di esaudire i voti di chi desidera un *male a sè stesso*. E quando col prolungamento della pena il condannato vi chiede cosa che torna a benefizio di lui ed al tempo stesso aumenta la sicurezza degli altri, su qual fondamento adagerete la vostra opposizione?

Questi, ed altri simili, sono i miei dubbi. Forse i medesimi saranno frivoli, e deriveranno dal non avere la mia povera mente afferrato il vero concetto della dottrina avversaria. Conosco però bastantemente la dottrina da me professata per sentirne la verità ed esattezza su tutta la linea, nè voglio imitare il mio fiero oppositore rischiando di calunniarlo con lo indovinare ciò che non si è detto da lui.

Ed ecco riassunta anche qui nel suo genuino concetto la nostra opinione intorno alla dottrina correzionalista. Noi (anche una volta ripetasi) non siamo nemici di questa dottrina: noi ne rispettiamo religiosamente i precetti, ma soltanto finchè non sorge antagonismo fra lei e la difesa del diritto. La sovranità assoluta non la riconosciamo che nel diritto. La correzione del traviato spingasi innanzi per ogni via (1), e noi faremo plauso e concorreremo

(1) Per comprendere quanto sia bello e grande lo avvenire della dottrina correzionalista basta leggere e meditare l' aureo volume pubblicato da quello illustre genio di Olivecrona col titolo *della Recidiva*. Volume del quale con ottimo intendimento ha dato testè all' Italia una eccellente versione il sig. Giulio Lazzerini pubblicata a Pavia il 1875. Dai fatti e dalle osservazioni colà raccolte si comprende quanto siano immensi i benefizi per il progresso civile che

Digitized by Google

con l' opera nostra, purchè peraltro non se ne faccia un principio supremo, soverchiante in caso di conflitto anche i bisogni della tutela, alla quale soltanto spetta l' impero della ragione punitrice.

Ma della emenda del reo noi accettiamo la formula come uno svolgimento del nostro principio cardinale: cioè come un diritto che sia nello stesso colpevole. Noi non arriviamo a persuaderci che lo Stato vanti il diritto di correggere i cittadini traviati. Noi comprendiamo invece, come logica deduzione del nostro sistema, il diritto nel traviato ad essere dalla autorità sociale emendato. Ho cento volte ripetuto nei miei scritti che l' obbligo della tutela giuridica nella autorità sociale è *universale*, ed ho più volte spiegato che questa proposizione imponeva alla autorità di mantenere il diritto così negli onesti col punire i colpevoli, come negli stessi colpevoli sia

possano sperarsi da una viva fede nella emenda del colpevole. Ma dal libro stesso noi raccogliamo una sentenza che mostra quali siano i confini entro i quali deve mantenersi la missione benefattrice di quella dottrina. È la sentenza del Principe Oscar che leggesi a pagina 136 — *Quando giustizia è fatta e lo stato provvide al miglioramento morale, incombe ai cittadini stendere la soccorrevole destra al condannato rimesso in libertà.* L' opera dei cittadini è indispensabile a compiere la santa missione. Lo stato non lo potrebbe. Ma lo stato deve *provvedere al miglioramento morale;* che è quanto dire condannare al bando tutte le pene pervertitrici del cuore del condannato, e preparare con la pena stessa il terreno alla emenda. Ma a questo fine deve servire lo stato QUANDO LA GIUSTIZIA È FATTA. Più nettamente non poteva esprimersi la conciliazione della penalità con la emenda.

Digitized by Google

col proteggerli mediante la legge del *rito* procedurale, sia con la *forma* e con la *misura* della penalità. Con la *misura* e con la legge del *rito* si proclama che l' autorità sociale abusa dello ufficio suo così quando senza sufficienti prove punisce, come quando soverchiamente punisce. Con la *forma* del punire si proclama che l' autorità sociale abusa dello ufficio suo quando irroga pene *corruttrici* del condannato. Tutto ciò a noi parve chiaramente espresso e nello insegnamento nostro, e nella dottrina prevalente in Italia. E per siffatta guisa chiaro si scorge che la stessa dottrina della *pena emendatrice,* viene anche essa a trovare un fondamento giuridico nel principio della *difesa del diritto;* ed è un *contenuto necessario* della formula nostra. Non è lo Stato quello che possa dire al delinquente ho diritto di correggerti: vanti ciò il superiore di un chiostro. È il colpevole che ha il *diritto* (vero *diritto*) di dire allo Stato, a te corre l' obbligo di irrogarmi una pena *che mi emendi;* a te è negata la potestà di sottopormi ad una penalità che mi degradi e mi renda più che non sono corrotto. La formula *tutela giuridica,* che apparisce tanto spaventosa ad alcuni correzionalisti, è dunque la unica che possa dare un saldo e razionale fondamento allo stesso loro sistema. E se ciò non vuolsi altrove capire, mentre si è così ben compreso in Italia, non è nostra la colpa.

Ecco la differenza che passa fra la nostra scuola e la dottrina dei nostri oppositori. Essi ci considerano come avversari, e vogliono demolirci. Noi vediamo in loro una mano di alleati ai quali porgiamo reverenza ed aiuto finchè non invadono il campo nostro. In questo stato di cose una vera e pro-

Digitized by Google

pria polemica non può impegnarsi fra noi ed i nostri oppositori, perchè è nell' ordine logico che ogni polemica incominci dalla negazione assoluta del principio opposto. Noi siamo nella posizione dei monarchici che vogliono un Senato fornito di autorità, della quale ne fanno argomento di forza propria congiungendola alla autorità regia. I Capitani più ardenti del correzionalismo vorrebbero concentrare la monarchia nel Senato, e dare alla emenda quella sovranità esclusiva che al solo diritto per legge divina appartiene.

Correggete (ripetiamo anche noi) correggete mediante la pena. Ma nel fare ciò non arrogatevi il vanto di esercitare un diritto *proprio dello Stato* che sovrasti al colpevole. Riconoscete che obbedite ad un diritto *che pertiene al colpevole stesso:* riconoscete che obbedite alla legge universale giuridica come datrice di diritti ad ogni individuo nella rispettiva sua situazione. Riconoscete, in una parola, la supremazia della nostra formula; e vi accorgerete che siamo d' accordo.

Ma dove è che io abbia dato al sig. R o e d e r ragione di attribuirmi, come egli fa gratuitamente, una opinione esclusiva del diritto di grazia, esclusiva della prescrizione della pena? Io casco dalle nuvole quando ascolto accusarmi di siffatte opinioni; e dalle nuvole cascheranno tutti coloro che hanno avuto la pazienza di leggere i miei scritti in Italiano, senza andare a pescare le mie idee nelle versioni Spagnuole.

E dove è che io abbia combattuto il carcere *penitenziario,* mentre lo propugnai con costante fermezza trovandone esuberante ragione nel bisogno

Digitized by Google

della tutela giuridica? Quando si giunge fino a questo punto bisogna ben dire che il fluido della intelligenza rimase soffocato nel fiele. E dove è che io abbia dato ragione al sig. R o e d e r di attribuirmi la opinione sostenuta dallo illustre F e u e r b a c h, e da me cento volte combattuta come erronea, che il fondamento della legittimità della irrogazione di una *pena* si trovi nella precedente *minaccia* fattane dal legislatore a chiunque delinqua? Quando dissi mai siffatte cose, che solo di passaggio ricordai per confutarle? Altro è ricordare storicamente che la *minaccia* della pena deve *precedere* la sua *irrogazione;* altro è proclamare l'assurdo che dalla *minaccia* nasca la legittimità della *irrogazione.* Io veggo in simili attacchi il solo desiderio di screditare il mio nome congiungendo al medesimo tutti i peccati mortali che si possono commettere da un insegnante.

Io sentii ripugnanza ad ammettere che un sinedrio di birri prezzolati da un governo avessero balìa di rendere inoperosi i decreti della magistratura; ed oggi il sig. R o e d e r viene a propugnare la convenienza di ACCORDARE AL GIUDICE CHE CONDANNÒ LA FACOLTÀ DI RIFORMARE LA SUA PRECEDENTE SENTENZA CON UNA POSTERIORE, A SECONDA DEL BUONO O CATTIVO RISULTATO OTTENUTO DA QUELLA PARTE DELLA PENA INFLITTA FINO ALLORA ESPIATA; *confessando con ciò, ad onore del giusto, il proprio errore.* Ma questa è evidentemente una proposta nuova che io almeno non ho mai preso ad esame. È desso un modo leale di combattere quello di attribuirmi la opposizione ad un sistema che non ho mai preso ad esame? è egli leale e di buona guerra

Digitized by Google

accusarmi di disconoscere le prerogative del potere giudiciario, mentre io sostengo questo potere non volendolo fatto bersaglio dello influsso governativo (1)? Si combatta pure anche con modi scortesi,

(1) Eppure il signor Roeder non aveva bisogno di faticare gli occhi sopra i miei scritti per comprendere il mio vero pensiero su questo punto. Egli aveva dinanzi a sè la mia dissertazione del 1864, e poteva leggervi queste parole (l. c. pag. 210) — *Chi sarà l' arbitro di accordare o negare la provvisoria scarcerazione, quali le forme, quali le guarentigie che circonderanno la importantissima decisione? Evidentemente i supremi moderatori dell' arduo problema saranno i sovrastanti della prigione; evidentemente nessuna solennità di forme darà al pubblico una sicurezza della leale applicazione della misura; e del merito o del demerito del recluso liberato e del ritenuto. Le simpatie, i favori eserciteranno la funesta loro influenza nella emissione di un giudizio cotanto elastico, e indefinito: e dove in realtà non la esercitino, il pubblico ne avrà il sospetto: ciò basta.* E alla pag. 211 avrebbe letto così — *Quale sarà l' effetto morale del vedere una sentenza solenne di Magistrati renduta vana parola per gli artificii di un malfattore, per gli oracoli di un* ARCANO POTERE CHE AGISCE NELL' OMBRA? E a pag. 213 — *Si turba* L' ORDINE DELLE GERARCHIE LANCIANDO I DECRETI DELLA MAGISTRATURA IN BALÌA DELLA INFERIORE POTESTA' *che deve rispettosamente eseguirli: si apre la via ad arbitrii pericolosi; al discredito della giustizia.*

Poteva io parlare più chiaro? Poteva io meglio mostrare che l' obiettivo delle mie opposizioni era il timore che della liberazione provvisoria si facesse un' arme di governo, uno strumento di politica illiberale, un *premio allo spionaggio*, e peggio. Io non mi sarei, no, opposto ad un progetto che avesse ricondotto la riduzione delle pene per le vie della

Digitized by Google

se così piace: ma non si attribuiscano all' avversario pensieri, dottrine e parole che non sono le sue, e

giustizia: mi opponeva ad un metodo che dei Magistrati faceva altrettanti fantocci sindacabili da un Prefetto od altro agente governativo, e sottoposti alla revisione di un Delegato di polizia. Mi opponeva ad una proposta indefinita quanto alle sue condizioni, e che poteva divenire un' arme terribile di partito, e cangiarsi in una sistematica persecuzione degli uomini liberali ed una iniqua protezione degli agenti del potere contro la stessa Magistratura. Questi miei timori furono benissimo compresi dai legislatori Ticinesi del 1873; e fu precisamente per causa delle mie relative osservazioni (narro cose documentate dalla stampa) che quei sapienti legislatori nell' ultima revisione di quel progetto aggiunsero all' art. 21, il §. 4 così concepito — *Il Consiglio di sorveglianza dovrà, in questi casi,* MOTIVARE *le proprie decisioni, sulle quali è riservato tanto al condannato quanto alla autorità esecutiva,* RICORSO DEFINITIVO AL TRIBUNALE SUPREMO. E che questa modificazione salutare nascesse al seguito di quei timori miei e delle mie osservazioni, è un fatto documentato dalla stampa fino dal 30 ottobre 1869. E se, malgrado le patite calunnie, mi rimane tuttavia qualche amico, io lo prego a cercare la mia giustificazione in quanto scriveva nel *volume* 2 dei miei *Opuscoli* da *pag.* 552 *a* 563. Non avvi parola in tutto quello scritto che possa farmi arrossire; ognuna di quelle parole deve invece fare arrossire chi (se non per malignità, certamente per leggerezza) mi accusò senza leggermi. E la modificazione coerentemente introdotta nel codice Ticinese procacciò la mia piena adesione alla liberazione provvisoria come si proponeva dall' ultimo progetto, perchè la cautela dell' art. 21, §. 4, mi faceva tranquillo che in definitivo la sorte degli accusati rimaneva nelle mani venerate della Magistratura ed era sottratta al temuto protezionismo delle potestà esecutive. E questi, viva

Digitized by Google

che anzi sono diametralmente opposte a quanto egli professò come sua perpetua fede giuridica.

Se ad altri piace questo sistema, io finirò col dire soltanto che non sarò io quello che voglia imitarlo.

Bastino a giustificarmi i miei scritti, e gli amici miei mi difendano con una sola parola, che è parola di verità: queste cose non ha mai scritto nè detto nè insegnato il Carrara; e il sasso lanciato ricada sul capo di chi lo lanciò.

Una cosa sola ho detto e la ripeto e vi insisto: ho detto che la emenda del reo deve essere uno dei fini della pena, e non perdersi mai di vista da un prudente legislatore. Ma ho soggiunto, e vi insisto, che quando la emenda del reo venga a conflitto col dovere che ha la società di tutelare il diritto in ogni individuo, questo dovere deve essere sempre osservato di preferenza, non per obbedienza ad un dogma autoritario, nè per amore di una utopia ascetica, ma perchè così comandano i diritti degli individui e il bisogno dell'ordine civile nella umanità.

Il più eminente statista di Europa proferiva testè una sentenza che troppo devotamente si è ripetuta da altri. *La moderna scienza penale* (egli disse) *ha il vizio di preferire la tutela dell' individuo alla tutela sociale.* Quella sentenza ha un lato di verità se si suppone che la *moderna scienza penale* si rappresenti dalla dottrina *correzionalista:* perchè que-

Dio, sono fatti. E ad onta di ciò si ha il coraggio di dire che il Carrara osteggia i poteri della Magistratura! Ed in faccia ad attacchi così sleali ed ingiusti potrò io astenermi dal protestare che sono calunniato?

Digitized by Google

sta appunto risica di sacrificare la *sicurezza* dei buoni allo sperato *vantaggio* di emendare i colpevoli. Ma quel rimprovero è una bestemmia se si dirige contro la nostra scuola la quale pone alla base del sistema penale il principio della *tutela giuridica*. Diretto contro la *vera scienza penale moderna* quel rimprovero alla sua volta conduce ad immolare la sicurezza del *giusto* sull' altare insidioso della *utilità*. Non può essere buona giustizia sociale quella che esordisce da una ingiustizia contro una umana creatura. Quella sentenza pertanto ha per suo contenuto l'apologia della forza anche ingiusta quando giova allo Stato. È l'oracolo di Calcante che impone il sacrifizio di Ifigenia.

Pisa 20 luglio 1875.

Digitized by Google

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

DELLA PENA

CAPITOLO I.

Idea *della pena.*

§. 582.

La parola *pena* ha tre distinte significazioni — 1.° in senso *generale* esprime qualunque dolore, o qualunque male che cagiona dolore — 2.° in senso *speciale* designa un male che si soffre per cagione di un fatto nostro, o malvagio, od incauto; e così comprende tutte le pene *naturali* — 3.° in senso *specialissimo* indica quel male (1) che dall' autorità civile s' infligge ad un colpevole per causa del suo delitto.

Quando la scienza criminale passa a considerare nella *pena* il secondo oggetto delle proprie speculazioni, usa la parola *pena* nel suo significato *specialissimo.* Onde è chiaro che quando Grozio disse la pena — *un male di passione incorso per un male di azione* — definì la pena nel suo senso non specialissimo, ma speciale.

(1) Modernamente si è impugnato che la pena debba essere un male. È noto che il Prof. Roeder esordì la sua carriera scientifica pubblicando la *Commentatio, de quae-*

Digitized by Google

stione an poena malum esse debeat, Gisae 1839; dove credette gettare le fondamenta di un nuovo giure punitivo. Ma di questo tentativo ho detto quanto basta nella *introduzione* alla seconda sezione.

§. 583.

Beccaria definendo le pene — *ostacoli politici contro il delitto* — espresse piuttosto il *fine* della pena come egli lo concepiva, anzichè darne la nozione. Carmignani oltrepassò i limiti di una definizione quando volle includervi la ragione di essere e la destinazione delle pene, e formulare con la definizione un sistema.

§. 584.

Difficilmente nella definizione di un oggetto si possono stringere i suoi *fini* e le sue *cagioni*. Le definizioni bisogna per lo più si arrestino ai caratteri costitutivi del definito. Esse devono essere puramente *ontologiche*. Ciò che riguarda le sue cagioni, i suoi effetti, o la sua razionalità attiene allo sviluppo della teoria. Perciò definisco la *pena — quel male che in conformità della legge dello Stato i magistrati infliggono a coloro che sono con le debite forme riconosciuti colpevoli di un delitto*. Se un male s'infligge a chi non è riconosciuto colpevole, o da chi non ne ha l'autorità, o senza legge che lo commini, o in modo arbitrario; questa sarà una vendetta, una violenza, ma non una *pena* in senso giuridico. Ma se invece il legislatore comminò la pena per fini irrazionali, o con esorbitanza della

Digitized by Google

ragione penale; la pena potrà dirsi ingiusta, abusiva, dannosa, ma sarà sempre una *pena*.

§. 585.

A completare la nozione della pena: a comprenderla cioè, non quale può essere di fatto, ma quale *deve* essere per dirsi giusta; a riconoscere in una parola le condizioni della sua legittimità; è necessario indagarne la *origine*, ed il *fine*. Queste due ricerche sono essenzialmente distinte.

CAPITOLO II.

Origine *della pena*.

§. 586.

Nella pena la origine *storica* differisce dalla sua origine *giuridica*. È necessario conoscere l' una distintamente dall' altra. Studiando la prima si cerca un *fatto:* studiando la seconda si cerca la genesi di un *diritto*.

ARTICOLO I.

Origine storica *della pena*.

§. 587.

È necessario riconoscere come una verità autenticata dalle più remote tradizioni della razza adamitica, che la idea della *pena* nacque negli uomini primitivi dal sentimento della *vendetta* (1).

Digitized by Google

(1) Duboys *histoire du droit criminel.* Merita ancora di essere veduto il Forti *opere tom.* 1, *sez.* 3 *e* 4, dove specialmente contempla lo svolgimento antico della penalità in Italia; ed una dissertazione di Bowyer *on the statutes of the cities of Italy, London,* 1838, e l' eccellente riassunto di Nypels nella dissertazione che ha per titolo *droit pénal et procedure pénal, Bruxelles* 1874. Ma se la storia filosofica del giure punitivo può racchiudersi in brevi linee tracciando lo svolgimento delle relative idee sotto un largo punto di vista, non è a dirsi altrettanto della *storia esterna* del diritto penale, vale a dire delle singole costumanze e legislazioni positive che si succedettero appo i vari popoli dai più remoti tempi fino ai dì nostri nella vita umanitaria. Questo sarebbe argomento di molti volumi, e più appartenente alla erudizione che non allo insegnamento scientifico. Basti accennare alcuni fonti dai quali lo studioso può attingere alcune parziali cognizioni su questa immensa elaborazione. Sulla più remota antichità sono importantissimi i lavori dello infaticabile Thonissen pubblicati in diversi Giornali, e raccolti in due grossi volumi nel 1869 sotto il titolo *Études sur l' histoire du droit criminel des peuples anciens (Inde Brahmanique, Égypte, Judée);* e l' altro scritto recentemente pubblicato dallo stesso Thonissen, *Bruxelles,* 1870 sotto il titolo *le droit pénal de la Grèce legendaire,* al quale ha per ultimo fatto seguito l' interessante volume pubblicato dallo stesso Thonissen a Bruxelles il 1875 col titolo *le droit pénal de la republique Athenienne.* Per la China le *leggi fondamentali* pubblicate da Staunton. Per la Cocincina il *Code Annamite, traduit par* G. Aubaret, *Paris* 1865. In quanto al diritto Romano Ayrault *l' ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques, Paris* 1598 — Walter *histoire du droit criminel, trad. par Picquet Damesme, Paris* 1863 — Jarcke *de summis principiis juris Romani de delictis eorumque poenis, Gottingae* 1822 — Van Walree *de antiqua juris puniendi conditione*

Digitized by Google

apud Romanos, Leyden 1820 — Gruner *de poenis Romanorum privatis, Lipsiae* 1805 — Hommel et Syckel *quid de poenis Romanorum criminalibus Jure Justinianeo obviis philosophice statuendum sit, Lipsiae* 1787 — Van der Hoop *de iis qui antiquitus apud Romanos de criminibus judicarunt, Lugduni Batavorum* 1723 — Alenski *de antiquissimo romanorum jure criminali, Regiomonti* 1823 — Geib *Römischen Criminalprocesses, Leipzig* 1842. Per le popolazioni Franco Germaniche: Georgisch *Corpus juris Germanici antiqui, Halae Magdeburgicae* 1738, ed altri collettori delle così dette leggi barbariche, fra le quali è notevole per la sua genesi Italiana il primo codice Longobardo pubblicato da Rotharis settantasei anni dopo la dominazione Longobardica (cioè nel 643) all' Assemblea generale di Pavia. Per l' Italia nel medio evo l' erudito lavoro di Vito La Mantia *storia della legislazione civile e criminale di Sicilia comparata con le leggi italiane e straniere dai tempi antichi sino ai presenti, Palermo* 1866. Per la Danimarca: Veghorst *Jus Danicum, Hafniae* 1698. Per la Svezia: Loccenio *Leges Provinciales Sveciae Regni, Londini Scanorum* 1674. La Norvegia dopo varie antiche leggi (che ricorda Scheel *de publicis actionibus in causis poenalibus ex praeceptis juris Danici et Norvegici, Hafniae* 1836) ebbe un codice penale da Cristiano V che si mantenne in vigore dal 1684 fino al 20 agosto 1842. I Turchi si tennero per molti secoli contenti dell' Alcorano come solo loro codice penale, e avrebbero considerato come temeraria e profana qualunque nuova codicizzazione: Tornauw *le droit musulman, pag.* 239, *Paris* 1866. Ma il risorgimento destò generalmente nei governi di Europa il desiderio di dettare nuovi statuti penali creduti conformi ai bisogni delle diverse popolazioni. In Russia Yaroslaf nel 1020 pubblicò un complesso generale di leggi criminali sotto il titolo di *Rouskaja pravda;* poscia Ivano IV pubblicò il *Sundenik* nel 1554: Zézas *Études historiques sur la législation Russe, Paris* 1862; e gli *Annales de l' Académie de Tou-*

Digitized by Google

louse, année 1864, *pag.* 135 — Guizzetti *principia juris Russiae de delictis et poenis, Regimonti Prussorum* 1832. La Sassonia ebbe il suo celebre *speculum Saxonicum,* sul quale sono a vedersi Conringio *opera tom.* 6, *opusc.* 6, *de origine juris Germanici cap.* 30, *pag.* 157, *Brunsvigae* 1730 — Daniels *de Saxonici speculi origine, Berolini* 1852 — Haeberlin *speculorum Saxonici et Svevici jus criminale, Lipsiae* 1838 — Winckler *de aetate speculi Saxonici speculo Svevico antiquioris, Gottingae* 1742 — Foerster *de speculo Saxonico fonte jur. Sax. communis, Altorfii* 1718 — Ketschau *de juris Saxonici provincialis compilatione, Jenae* 1718 — Thiessen *an umquam speculum Saxonicum extiterit speculo Epkonis de Repgow antiquius, Kiliae* 1738 — Kind *de reprobatis speculi Saxonici articulis, Lipsiae* 1761. Poscia il Vescovo di Bamberga dette nel 1508 con la sua costituzione criminale un esempio che presto si volle imitare dagli altri Principi della Germania; e così nacque la costituzione Brandeburgense nel 1516; e finalmente la celebre *Constitutio criminalis Carolina* promulgata nel 1532 da Carlo V alla Dieta di Ratisbona, la quale divenne e si mantenne fino agli ultimi tempi il codice criminale della Germania. Sono moltissimi i lavori dei giuristi su quella Costituzione. Sulle sue origini disputarono il Thomasio *Dissertationes, vol.* 4, *dissert.* 9 *de occasione conceptione ac intentione Constitutionis criminalis Carolinae* — Heineccio *historiae juris Romani Germanici vol.* 4, *part.* 2, *pag.* 1, *Genevae* 1747. Fra i Commentarii i principali sono quelli di Boehmero, di Kress, di Clasen, di Alberti, e il Glossario di Walch; e parecchie dissertazioni di eruditi, come quelle di Walch *opuscula tom.* 3, *sect.* 2, *exercit.* 1, *Halae Magdeburgicae* 1785 — Harpprecht *exerc.* 84, *Tubingae* 1737 — Abegg *symbolae ad historiam juris criminalis, Vratislaviae* 1843. Essa fu voltata in Francese da Vogel ed edita a Maestricht nel 1779, e in latino da Boehmero e con piccole glosse da Remo, *Herbor-*

Digitized by Google

nae Nassoviorum 1594; e più modernamente da Abegg, *Heidelberga* 1837. La Svizzera adottò spontaneamente la Costituzione Carolina: Seigneux *système abrégé de jurisprudence criminelle, préface, Lausanne* 1756; come pure quasi tutti gli altri paesi della Germania ad eccezione dell' elettorato Sassonico, dove piacque all' Elettore Augusto di dettare nell' anno 1572 la speciale costituzione che divenne celebre per l' erudito commento di Carpzovio aumentato poi con grande dottrina da Esbach. Assai per tempo portarono il loro pensiero sulle leggi penali i Duchi di Savoja. Dettò una Costituzione Criminale per quel Ducato Amedeo VIII nell' anno 1430: altra simile Carlo III nel 1513: altra Emanuele Filiberto nel 1580: altra Carlo Emanuele nel 1586: rifuse poi tutte da Vittorio Amedeo nella Costituzione del 1632, le quali successivamente governarono quella provincia fino alla nuova Costituzione pubblicata da Carlo Emanuele nel 1770. Quanto al Belgio lo stato della legislazione penale di quelle provincie al tredicesimo secolo si esorna da Van Coetsem *du droit pénal au treizième siècle, Gand* 1857. In Francia tutto si regolò per lunga pezza secondo le consuetudini locali o di Provincie o di Città, e ve ne furono più di 300, le quali consegnate alla sola memoria si venivano provando col mezzo di testimoni nei singoli giudizi. A questo disordine volle porre riparo Carlo VII con la ordinanza del 1453 imponendo che tutte le consuetudini dei diversi paesi di Francia si riducessero in scritto: prescrizione che non essendo stata eseguita si rinnuovò nel 1495 da Carlo VIII e poi da Luigi XII, e non vide che assai più tardi il suo compimento. Ma un assetto generale delle sanzioni punitive non si ebbe colà fino al 1539. In questo anno comparve la ordinanza di Villers Cotterets sanzionata da Francesco I, ed ampliata senza miglioramento da Luigi XIV nel 1670; sulle quali e sopra altre ordinanze relative e certi malefizi speciali si costituì in quel Regno quella giurisprudenza penale che con ribrezzo impariamo da Rousseaud de La Combe, da Duplessis, da Jousse, da Serpillon, da

Digitized by Google

Vouglans, e da altri. In Ispagna nacquero i *Fueros*, e principalmente furono il *Fuero Iuzgo (Forum judicum)* condotto a termine sotto il Regno di Egica uno degli ultimi Re Visigoti, e il *Fuero Real (Forum Regis)* pubblicato nel 1250: il primo dei quali conteneva i dettati della Giurisprudenza ed il secondo i placiti Reali, e che servivano alternamente di guida in quel Regno nell' amministrazione delle pene. Nuovi ordinamenti penali sotto il nome di *Partidas* furono dettati nel 1258. Vedasi Valdeson *théorie du code pénal Espagnol, introduction* — Pacheco *et código penal concordado y comentado, tom.* 1, *introducion, Madrid* 1856. Una riproduzione completa di tutte le leggi ed ordinamenti Spagnuoli si volle fare nel 1805 a Madrid: e questa raccolta in quattro grossi volumi ebbe il seguente titolo — *Novísima recopilacion de las leyes de España dividida en XII libros en que se reforma la recopilacion publicada por el Señor Don Felipe II. en el ano de* 1567, *reimpresa ultimamente en el de* 1775: *y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de* 1804, *mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* Dei dodici libri di questa raccolta il dodicesimo si occupa esclusivamente delle materie criminali — *de los delitos y sus penas: y de los juicios criminales,* che incomincia a pag. 307 del volume 4, diviso in 42 titoli, è un completo codice criminale ma infelicissimo a ragione dei tempi. In Portogallo le consuetudini punitive si raccolsero per la prima volta nel 1020 da Alfonso V sotto il titolo di *Foro de Leão,* ed un' altra riforma penale fu dettata nel 1446 da un nuovo Alfonso V la quale corre sotto il nome di *Ordinanze Alfonsine* corrette poscia nel 1693 dalle *Ordinanze Filippine.* Nel 1778 Donna Maria I ingiunse la confezione di un nuovo codice penale al celeberrimo Prof. Pasquale Mellio che dopo cinque anni di fatiche presentò il suo Progetto lodato generalmente dai dotti, ma naufragato sotto le censure acerrime dei suoi nemici secondo

Digitized by Google

il costume: questo Progetto fu pubblicato a stampa con note dell' autore nel 1823 in Lisbona. Ma di questi monumenti legislativi del Portogallo non mi è stato possibile procurarmi il testo. La filosofia del secolo decimottavo trovò in simile stato la legislazione penale, e cominciò quella opera di demolizione e di riedificazione che dura fino ai dì nostri, e che ad uno ad uno eccitò i Principi ed i popoli di Europa a quella elaborazione di leggi punitive della quale noi fummo e siamo tuttavia spettatori, e che non ha ancora fornito il suo ciclo.

§. 588.

Nè può eccitare repugnanza che ad un atto oggimai riconosciuto come esercizio di giustizia, si siano condotti gli uomini per una colpevole e feroce passione.

§. 589.

La provvidenza nei suoi alti disegni volendo condurre il creato ad un sistema di armonia universale, adoperò pel mondo fisico la forza tutta materiale dell' attrazione e della repulsione, potenze primarie (portentose ordinatrici dei corpi) le quali attuarono la legge eterna dell' ordine fisico; ed impreteribile la conservano.

§. 590.

Del pari la provvidenza adoperò per l' ordinamento del mondo morale altrettante forze di istintiva tendenza od aborrimento (potenze primarie e meravigliosamente direttive delle volontà) le quali attuarono la manifestazione della legge naturale re-

Digitized by Google

golatrice dell' ordine morale nella umanità, precedentemente a qualsivoglia calcolo razionale ed a qualsiasi dettato di umani legislatori. *Attrazione* e *repulsione:* ecco nella più semplice formula il cardine di tutte le leggi che governano l' universo.

§. 591.

Così mentre la umanità si destinava dalla legge di natura a trovare *il suo ordine* nella società civile, furono i primi uomini sospinti al mutuo e permanente consorzio dalla attrazione di un bisogno morale indefinitamente sentito: il quale precedette il calcolo e la osservazione dei resultati benefici, che poscia dimostrarono razionalmente la necessità del nostro vivere nello *Stato.*

§. 592.

E così pure gli uomini primitivi furono spinti dal sentimento della *vendetta* ad infliggere un male a chi aveva ad altri recato male; prima assai che i calcoli razionali dimostrassero ciò consentaneo a giustizia ed indispensabile alla tutela dei diritti umani. In tal guisa l' Onnipotente conduce le creature alla cieca osservanza delle sue leggi. L' armonia universale è il risultamento di un principio unico, costituito dal Supremo Motore, come organo dell' ordine e del progresso nel creato, così nel mondo fisico, come nel mondo morale (1).

(1) Vedasi Coccejo *exercitationes, disput.* **72**, *vol.* **1**, *pag.* **986**, *de immutabilitate juris naturae; et disputat.* **18**,

Digitized by Google

vol. 2, de principio juris naturalis unico vero, Lemgoviae **1722.**

§. 593.

Il sentimento congenito della *vendetta privata,* dalla sua natura di desiderio fu nelle società primitive elevato all' altezza di un diritto: diritto esigibile; diritto ereditario; diritto redimibile a piacere dell' offeso: diritto che per parecchi secoli si guardò come *esclusivo* dell' *offeso,* e dei suoi familiari. Ecco la genesi *storica,* ossia il processo storico, della penalità. Noi la troviamo nei libri di Mosè, in Omero; ed i viaggiatori l' hanno ritrovata nell' Asia, nell' Affrica, e nei popoli del nuovo mondo.

§. 594.

Poscia civilizzandosi gli uomini per la opera della religione, assunse questa la direzione universale dei loro sentimenti. Di qui il pensiero che i sacerdoti dovessero essere i *misuratori* della vendetta privata. Laonde, intromessa una volta la idea religiosa nella penalità, e condotti i giudizi alla forma teocratica o semiteocratica, il concetto della *vendetta divina* venne sostituendosi a quello della vendetta *privata.* Pensiero nel suo nascimento utilissimo e civilizzatore: perchè quegli uomini, incolti nella loro fierezza, dai quali la vendetta tenevasi come diritto loro, non si sarebbero arrenduti a rassegnare quel supposto diritto nelle mani di altri esseri simili a loro. Fu facile invece persuaderli alla abnegazione di cotesto sentimento, insinuando loro che il soddisfarlo era un diritto esclusivo di Dio.

Digitized by Google

§. 595.

Ma i popoli con lo svolgersi della civiltà acquistarono la idea dello *Stato:* e personificata in tal guisa la società civile, su questa nuova idea fondarono gli ordinamenti governativi, purgandoli a poco a poco da ogni mistura teocratica. Allora alla nuova idea adattarono il vecchio pensiero della *vendetta* nelle pene. Non più guardossi il *delitto* come offesa al *privato,* o alla *divinità;* ma come offesa alla *società* intera. Non più la pena guardossi come vendetta *privata,* o vendetta *divina;* ma come vendetta della *offesa società.*

§. 596.

In tal guisa dopo che il sacerdozio aveva ritolto al privato l' autorità di punire, costituendosene egli solo supremo moderatore, vide alla sua volta ritogliersi cotesto ministero dall' autorità dirigente lo Stato, come rappresentante la offesa nazione. E primi i delitti politici, ultimi i delitti religiosi sottratti alla giurisdizione clericale, ebbero la loro repressione per disposto di leggi civili, e per decreto di magistrati.

§. 597.

Sempre però in tutto il corso di cotesto processo di idee, perseverossi a considerare la *vendetta* come cardine dominante nella punizione dei delinquenti; e si corse per secoli con la formula della *vendetta,* o *privata,* o *divina,* o *pubblica;* senza gran cosa in-

Digitized by Google

quietarsi della legittimità giuridica delle punizioni. E tanto pareva naturale e ineccezionabile il così detto *diritto di vendicarsi*, che la divergenza nacque soltanto sul punto di stabilire a chi appartenesse cotesto *diritto*, e per conseguenza a *nome di chi* dovesse esercitarsi. Tale è il processo *storico* delle pene, quale può affermarsi come dimostrato dalla tradizione di tutte le genti. Ond' è che gli antichi filosofi (non escluso Cicerone (1)) ebbero spesso come espressioni di un medesimo concetto *ultionem*, *defensionem*, e *poenam*.

(1) Vedi Thomasio *inst. jur. div. lib.* 3, *cap.* 7.

Articolo II.

Origine filosofica.

§. 598.

Ma i pensatori non si appagano sempre delle ragioni per le quali conducesi il volgo alla esecuzione di certi fatti. Essi si sollevano alla contemplazione della idea astratta del giusto, perchè sentono il bisogno di legittimare i fatti degli uomini con un principio razionale. Laonde anche nella antichità non mancarono filosofi, i quali, mentre i popoli correvano a punire pel sentimento della vendetta, ricercassero del punire più alta e più vera ragione che non fosse quella di un sentimento feroce e vizioso. Cotesti pensieri non furono per altro che lampi fugaci, perchè l' ordinamento del diritto penale a teoria filosofica tutta speciale, era riserbato al secolo decimottavo.

Digitized by Google

§. 599.

Fu allora che le vitali questioni del giure penale incominciarono ad occupare le menti; ed assunsero una preponderante importanza nelle scienze filosofiche. Ed allora si comprese il bisogno di rendere della *pena* una ragione *giuridica*, e di cercare se questo fatto ripetuto per tanti secoli, pel quale una creatura umana si dispoglia suo malgrado dei più sacri diritti, fosse un abuso della forza o l'esercizio irrecusabile di un diritto.

§. 600.

Ecco lo studio della *origine giuridica* della pena, che sussegue quello della sua genesi *storica*. Non più si cerca il perchè *siasi fatto* dagli uomini, ma il perchè si *dovesse fare*, e si *potesse* fare così: onde, trovato al fatto un fondamento di *diritto*, possa il fatto stesso continuarsi con sicura coscienza dai reggitori dei popoli, e debba da questi rispettarsi non come sfogo di una passione dei potenti, ma come legittimo esercizio di un diritto al quale il delinquente non ha ragione di opporsi.

§. 601.

In tale ricerca i moderni pubblicisti aberrarono per cento vie diverse fra loro e spesso contraddittorie. Ma la esposizione dei tanti sistemi ideati per dimostrare nella punizione un *diritto*, e la confutazione di ciascuno, eccederebbe il raggio di que-

Digitized by Google

sto programma (1). Mi limito pertanto ad accennare quel sistema che a me sembra l' unico vero e superiore ad ogni eccezione.

(1) È forse impossibile enumerare tutti i diversi sistemi che immaginarono i pubblicisti per dare al gius di punire il suo principio fondamentale: ed è anche difficile il distinguerli; perchè spesso diversificanti nella corteccia delle parole, si unificano poi nella sostanza. Pure accennerò i seguenti.

1.° — La *vendetta*. Hume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaelli, Romano, ed altri, confusero la origine *storica* con la *filosofica:* ammisero che una prava passione potesse convertirsi in un diritto esigibile; e nel desiderio di vendicarsi, che dissero innato nell' uomo, trovarono la legittimità del giure punitivo. Concetto che ha in sè la repugnanza morale.

2.° — La *vendetta purificata* (Luden). La società punisce perchè l' offeso non si vendichi. Questa idea ebbe un periodo di attuazione storica nelle leggi barbariche, le quali imponendo la pena della *composizione* miravano a sopire le interne discordie fra i privati; come ne è prova certa la pena minacciata da un capitolare di Carlomagno all' offeso che non avesse accettato la composizione: Georgisch *corpus jur. germ. leg. Car. M. cap. I, leg.* 19, *pag.* 1138, *Halae Magdeburgicae* 1738. Ma questo concetto come principio di ragione è *incompleto;* falsa lo *scopo* del giure penale: converte la pena in una *protezione:* e non dando ragione del *diritto* di far male *a me* perchè si teme che *altri* si vendichi di me, ritorna in fine al principio della *utilità*.

3.° — La *rappresaglia:* formula recentemente ideata dall' Americano Francis Lieber in un suo scritto pubblicato a Filadelfia nel 1838, e che nella sostanza è un mero travestimento della vendetta.

Digitized by Google

4.° — L' *accettazione:* sistema antiquato ed assurdo col quale si elimina la questione osservando che promulgata la legge minacciante la pena il cittadino col commettere il delitto che egli conosce in quella guisa punito si è *volontariamente assoggettato* alla pena stessa, e non ha ragione di lagnarsene: sistema che ha il duplice vizio di anteporre una volontà arbitrariamente presunta alla contraria volontà di non essere punito positivamente manifestata dal delinquente; e di supporre l' alienabilità dei diritti inalienabili.

5.° — La *convenzione* (Rousseau, Montesquieu, Burlamaqui, Blackstone, Vattel, Beccaria, Mably, Pastoret, Brissot de Warville) o la *cessione* alla società del diritto privato di difesa *diretta*. Al che vennero o con la nuda asserzione del *patto*, senza dare ragione della potenza: o col figurare la *cessione* (Filangieri) del diritto che ha l' aggredito di uccidere l' aggressore: senza avvertire all' anacronismo, e alla diversità essenziale di condizioni fra diritto e diritto; o immaginando che il diritto di punire (Grozio, Locke, Micheli, Folkersma) appartenesse per legge di natura all' offeso per cautelarsi contro il nemico da offese ulteriori. E sempre sopra una ipotesi falsa, ed assurda.

6.° — L' *associazione* (Puffendorf). La costituzione della società sviluppa il giure punitivo, per ragione della unione stessa. Concetto del tutto empirico, che dà ragione del fatto col fatto; e ritorna nella idea della *convenzione;* e così urta nello scoglio che il fatto dei padri non può vincolare la libertà dei figli.

7.° — La *riparazione* (Klein, Schneider, Welcker). Principio assoluto che chi ha recato un danno lo ripari. Dunque il delinquente deve riparare il danno che ha recato alla società. Concetto che *denatura* la pena, e confonde il suo *fine* col suo *principio*.

8.° — La *conservazione*. La società col punire esercita il diritto che ha ogni essere di *conservare* sè stesso: nè può conservarsi se non ferma il braccio degli *altri* col punire *il delinquente*. Lo che si espresse o con la semplice formula

Digitized by Google

di *conservazione* (Schulze, Busatti, Martin); o con la formula della *difesa sociale indiretta* (Romagnosi, Comte, Rauter, Giuliani): o con la formula più vaga della *politica necessità* (Feuerbach, Krug, Baver, Carmignani). Concetto pericoloso perchè pone in mano all' autorità un arbitrio terribile: e d' altronde accenna la *cagione* del punire; ma non dimostra perchè la società abbia il *diritto* di punire *uno* per timore degli *altri*.

9.° — La *utilità* (Hobbes, Bentham). Principio assiso sul falso postulato che la *utilità* (intesa nel senso di bene *materiale*) dia il sommo principio del *bene morale*, e la sufficiente genesi del diritto.

10.° — La *correzione* (Roeder, Ferreira, Mazzoleni, Marquet-Vasselot). La società ha diritto di punire il colpevole per *emendarlo*. Concetto simpatico: ma che *denatura* la pena: e non può dar ragione del *diritto* che afferma, se non col farlo discendere dall' *interesse* sociale; cosicchè si confonde col principio della *utilità*.

11.° — La *espiazione* (Kant, Henche, Pacheco). È principio di *giustizia* assoluta che chi ha *fatto male* espii il suo fallo col patire un male. Formula vasta, che autorizza la società a sindacare la moralità *interna* più che la *esterna*: e mercè la quale l' autorità civile usurpa un attributo divino. Onde la scuola eclettica vi aggiunse il limite della difesa sociale (Broglie, Rossi, Guizot, Rémusat, Pouhaer, Bélime, Haus). Col che, se ne fu tolto il principale suo vizio, non ne furono tolti però gli altri difetti. Perchè assumendo come prima base della pena la espiazione, e configurandovi un' *anticipazione* della giustizia divina, è forza subire le esigenze della *morale* nel misurare le pene: e si resta esitanti in faccia ad un fallo per altra guisa espiato: e si attribuiscono all' uomo cognizioni che sono esclusive di Dio. Difetti che con uguale fondamento si rimproverano al sistema della *decadenza* (Schmalz, Fichte): che consiste nell' *affermare* che l' uomo col delinquere *scade* dalla sua dignità, e perciò può venire senza ingiustizia spogliato dei suoi

Digitized by Google

diritti. Lo che ognuno comprende essere un' *asserzione*, e niente di più. Tutte queste formule, che hanno per base un principio *morale astratto*, mostrando nel delinquente il *merito* di essere punito, non spiegano perchè la punizione si infligga dall' autorità sociale, ed esclusivamente da lei: sicchè per giungere a cotesto resultato vi è bisogno di una seconda teoria, e di una seconda dimostrazione. Nel modo stesso che la formula della necessità sociale ha bisogno di una seconda teoria per dimostrare la ragione di essere dello Stato.

12.° — La *difesa continuata*. Questa formula si è recentemente proposta da Thiercelin (*Revue critique* 1863, *vol.* 22, *pag.* 253) come un nuovo dettato: ma a me pare un mero svolgimento del principio della *difesa diretta*.

Vedasi in proposito di questi diversi sistemi Franck *philosophie du droit pénal, première partie*, e nella sua dissertazione pubblicata dalla *Revue contemporaine, Paris* 1862 — Bertauld *études sur le droit de punir* — Ortolan *éléments de droit pénal* §. 176 *a* 189 — Trébutien *cours élémentaire de droit criminel, chap.* 1 — Tissot *droit pénal tom.* 1, *pag.* 195 — Haus *du principe d'expiation* — Mamiani e Mancini *lettere intorno alle origini del diritto di punire, Firenze* 1844 — Conforti *intorno al diritto di punire, Torino* 1860 — Laistner *il diritto nella pena, Monaco* 1872 — Tolomei *diritto penale filosofico e positivo*, §. 32 *e seguenti*; il quale nei suoi *elementi di diritto naturale* §. 630, aveva già professato una formula che implicitamente s' identifica (a quanto mi pare) con la mia, ed alla quale ci trovammo quasi contemporaneamente condotti l' uno ad insaputa dell' altro.

Cadrebbe peraltro in equivoco chi supponesse che queste dodici formule, e le altre analoghe che possono immaginarsi dai pubblicisti a spiegare il fondamento giuridico della pena, esprimano altrettanti sistemi radicali diversi sulla genesi del diritto di punire. No: lasciata in disparte la dottrina teocratica, che vede nella punizione del colpevole l' effetto di un impulso soprasensibile di una forza indipendente dalla umana

Digitized by Google

ragione; i sistemi radicali filosofici sono soltanto due; e non possono essere che due. La legittimità della punizione del colpevole procede dal diritto dell' *individuo;* o procede dalla *consociazione.* All' uno o all' altro di questi principii bisogna risalire. Tutte le altre non sono che formule esplicative e ragioni secondarie, che valgono a spiegare gli *effetti* della pena, o i suoi *fini,* o i suoi *limiti,* o le sue *conseguenze;* ma lasciano nell' ombra il fonte primitivo dal quale emana questo tremendo diritto che colpisce l' uomo a cagione di una offesa recata ad altri, senza riparare il più delle volte alla offesa medesima. La prima opinione fu recata innanzi da Locke, ed io la ritengo assolutamente come la unica vera. La seconda si propugnò da Puffendorf, e per l' autorità del nome fu a lungo accettata senza sufficiente disamina, finchè negli ultimi tempi è risalita, specialmente in Italia, al meritato credito la opinione del pubblicista Inglese.

La dottrina di Locke considera che ogni diritto deve avere per suo necessario contenuto la facoltà della propria difesa: altrimenti non sarebbe un diritto ma un desiderio ed una vana parola: e poichè l' uomo per legge di sua natura è investito dei diritti che gli sono indispensabili al sodisfacimento dei proprii doveri e della sua missione nella vita terrena, così per la stessa legge di sua natura è investito della potestà di difendere tali diritti nei quali si epiloga la sua libertà. Ma una difesa del diritto a priori e diretta che valga ad impedire la offesa mediante coazione fisica esercitata in modo costante sull' offensore, è materialmente impossibile: dunque la difesa del diritto competente all' uomo forza è che si estrinsechi in una coazione morale ottenuta mediante la minaccia di un male da infliggersi al violatore del diritto onde il timore di questo male distolga l' offensore dal ripetere l' offesa e distolga gli altri dallo imitarlo. Ed ecco la pena. Ed ecco lo *jus punitionis* competente come contenuto del diritto ad ogni individuo, indipendentemente da qualunque autorità sociale. Ma poichè lo *jus punitionis* esercitato dall' individuo rischierebbe di divenire strumento di ingiuste

Digitized by Google

passioni e da altro lato non avrebbe nelle forze isolate dell' individuo guarentigie sufficienti della propria osservanza, quindi al mantenimento della legge giuridica è necessario l' ordine di una società civile che abbia a capo un' autorità investita dei poteri necessari alla tutela giuridica. Ed ecco perchè lo *jus punitionis* si esercita nella società civile dall' autorità sociale come ministra e strumento della difesa degli individui. Ed ecco la unica ragione di essere di questa autorità, la quale non sarebbe che una violenza se non si legittimasse per la sua necessità al mantenimento del diritto. Nella sua genesi pertanto, secondo questo sistema, il diritto di punire risale all' individuo, e la società non lo esercita che come rappresentante e ministra dei consociati, i quali tutti (benchè non offesi direttamente) hanno interesse alla protezione dello offeso perchè ne sorga la difesa di tutti e di ciascuno di loro contro future aggressioni consimili.

Al contrario la dottrina di Puffendorf fa scaturire lo *jus punitionis* dalla *consociazione* come un fatto improvviso prodotto per virtù della consociazione istessa. Non è raro (disse Puffendorf) che certi enti finchè sono disgregati sieno spogli di certi attributi i quali nascono dall' aggregarsi di loro per virtù spontanea della stessa aggregazione. Così l' uomo isolato non avrebbe il diritto di punire i suoi offensori ma questo diritto nasce nella consociazione di una quantità di uomini come spontaneo prodotto della stessa consociazione. E questa formula parve un oracolo, e per lungo tempo governò la dottrina, mentre non era che un asserto gratuito meramente empirico e per soprappiù informato da gravi sofismi.

Infatti il Puffendorf annunzia che lo *jus punitionis* è un diritto *nuovo* che nasce dall' associazione per virtù speciale della medesima. Ma egli non fa che asserire questo fenomeno per servigio della sua tesi, senza allegar ragione alcuna che lo dimostri. È così perchè a lui piace dire che così è.

L' argomentazione di analogia nella quale egli epiloga tutta la dimostrazione di quell' assunto è radicalmente sofistica,

Digitized by Google

perchè equipara cose differentissime fra loro, e impone una parità di risoluzione dove s' incontra disparità di ragione.

In primo luogo il fenomeno che dalla aggregazione di più cose nasca un *quid novum* che in ciascuna di quelle cose non era finchè stavano separate, è una verità sensibile nel mondo *fisico* perchè è risultato dell' opera reciproca delle differenti proprietà dei corpi; ma non lo è altrettanto nel mondo *morale*. Sta bene che dalla combinazione di un acido innocuo con un sale parimente innocuo si produca una terza sostanza nuova e venefica e micidiale, perchè tale è l' effetto dell' azione che reciprocamente esercita l' acido sul sale o il sale sull' acido. Ma nel mondo morale non può dirsi altrettanto. E se un uomo dedito alla ubriachezza si associ con un uomo dedito al giuoco sarà assurdo asserire che dalla loro aggregazione ne nasca un terzo vizio che non sia nè il vizio del giuoco nè il vizio della ubriachezza.

In secondo luogo il fenomeno del *quid novum* nato dall' aggregazione di più cose, è vero soltanto quando si aggregano più cose fornite di *qualità* e di *proprietà differenti*: ma non è vero neppure nel mondo fisico quando si aggregano cose perfettamente omogenee fra loro e fornite di qualità completamente identiche. Voi avrete il mulo dallo accoppiamento della Giumenta col Cavallo, perchè la combinazione delle qualità diverse della Giumenta e del Cavallo produce il fenomeno del nascere di un terzo essere nuovo e distinto. Ma associate esseri identici per quanto numero voi vogliate, avrete sempre identico resultato. Voi avrete farina di grano tanto se macinate 10 chicchi di grano quanto se ne macinate 10,000. Per avere un *quid novum*, un prodotto che non sia farina di grano bisogna mescolate chicchi dotati di qualità diverse onde l' azione delle proprietà dell' uno caduta sulle proprietà che erano nell' altro produca la combinazione di un terzo elemento del tutto nuovo. Ora poichè gli uomini nel campo giuridico, sono tutti dotati di proprietà eguali sicchè i diritti dell' uno sono perfettamente identici ai diritti dell' altro, non può nascere il fenomeno del *quid novum* quantunque gli

Digitized by Google

uomini si aggreghino a migliaia, perchè in tale aggregazione non si ha la combinazione di proprietà distinte che vicendevolmente agiscano l' una sull' altra e reciprocamente si modifichino. Ciò che nasce dall' aggregazione degli esseri omogenei è lo accrescimento delle forze per l' aiuto reciproco che quelli si danno. Ma le forze sono sempre di natura identica a quella che già preesisteva in ognuno di quei corpi nello stato di isolamento. Lo incendio di 10,000 grani di polvere pirica insieme riuniti sviluppa una forza che atterrà un muro, ma la potenza d' incendiare, di scoppiettare, e di esercitare una azione quantunque debole sui corpi circostanti era già nel chicco di polvere unico ed isolato. Dieci uomini che uniscano assieme le loro forze muoveranno un grosso macigno che uno solo o pochi di loro non potevano far crollare. Ma la potestà di esercitare una forza impulsiva esisteva già nelle braccia di ciascuno di quegli uomini, ed era sufficiente a muovere un corpo meno pesante e meno resistente. La somma delle forze soggettive renduta necessaria dalla maggiore resistenza di un altro obbiettivo non muta *natura* per il fatto dell' aggregazione. Crea una potenza che nelle singole forze non era, ma questa potenza è sempre di natura identica. Così lo *jus punitionis* dall' autorità sociale si esercita con maggiore energia, con maggiore sicurezza, con maggiore efficacia che non si potesse dall' individuo, ma la somma dei diritti singoli che ne rende più potente l' esercizio non *denatura* il diritto originario: è sempre lo stesso *jus punitionis*, che già preesisteva nell' individuo come contenuto necessario del diritto a lui compartito dalla legge di sua natura.

E di vero non abbiamo noi anco nello stato sociale le vestigia dello *jus punitionis* competente all' individuo? Quando un proprietario veduto un monello introdursi nel suo campo per rubargli dei frutti lo vilipende con parole ingiuriose, lo minaccia di fargli del male, ed anche gli ammena uno schiaffo, non esercita egli lo *jus punitionis?* Ciò è intuitivo. Egli reca un male di passione per un male di azione. Egli vuole intimidire quel mariuolo per distorlo dal ritornare nel campo

Digitized by Google

a violare i suoi diritti: egli ha la coscienza di far ciò lecitamente perchè esercita la tutela del suo diritto in condizioni che rendono necessario alla tutela giuridica quel suo modo di agire, mentre è impotente a ciò la tutela giuridica dell'autorità sociale. E cosa è questo se non lo *jus punitionis* esercitato dall' individuo? È quello stesso *jus punitionis* che nello stato d' isolamento già a lui spettava per legge di sua natura, e che l' ordine sociale ha monopolizzato nella autorità dello stato e ritolto all' individuo, tollerandolo però sempre in lui nei casi nei quali le necessità del momento rendano l' autorità stessa impotente alla tutela giuridica che può esercitarsi soltanto dall' individuo. È vero che i giuristi per legittimare quel fatto vi dicono che quella leggera percossa è data *ad correctionem*. Ma questa non è che una fraseologia dei giuristi piuttosto poetica che esatta. Quale interesse ha il proprietario a *correggere* un monello a lui sconosciuto, e venuto forse di passaggio da lontani paesi? qual diritto può egli vantare pel miglioramento morale di quello sconosciuto? Nessunissimo. Egli ha il diritto di difendere la sua proprietà da quell' aggressione e da future aggressioni consimili. Scusare quel fatto con la formula che è eseguito *ad correctionem* è un modo di dire adottato dallo uso forense, onde a quel proprietario non si imputi come delitto la usurpazione dei poteri della autorità e un arbitrario esercizio di atti di giustizia: ma nella verità e nella sostanza della cosa colui ha esercitato un atto di giustizia con la coscienza della legittimità di esercitarlo, perchè la necessità delle circostanze rendendo impotente l' autorità alla tutela giuridica faceva eccezione al monopolio accordato alla medesima. Egli ha esercitato lo *jus punitionis* che nello stato di isolamento a lui sarebbe spettato in tutti i casi, e non già è andato fantasticando uno *jus correctionis* che in *fatto* non entrò nella sua mente, e che in *diritto* sarebbe stato assai problematico. Così le supreme verità assolute si rivelano all' uomo per naturale istinto e i maestri della scienza con le loro frasi artificiose non fanno che intorbidarne la percezione.

Digitized by Google

Io sono dunque interamente con Locke. Lo *jus punitionis* è un contenuto necessario di ogni diritto, perchè contenuto necessario di ogni diritto è lo *jus defensionis;* e perchè la tutela pratica del diritto, impossibile ad ottenersi con una perpetua coazione fisica, ha bisogno di essere procacciata con la coazione psicologica, vale a dire con la minaccia e con la irrogazione di un castigo al violatore del diritto. Che se la legge primitiva dell' ordine umanitario impose all' uomo lo stato di società civile precisamente al primario oggetto che lo *jus punitionis* si esercitasse in un modo uniforme, in un modo sempre obbediente ai precetti di ragione e non governato dalle passioni; in un modo sempre efficace ed abile a raggiungere il fine, questa giustizia penale per precetto assoluto consegnata alla autorità sociale dalla legge suprema dell' ordine ha però la sua prima genesi nei diritti dell' *individuo;* e l' autorità sociale non avrebbe potuto venire ad imporla a talento suo con la prestigiosa formula che tale è il prodotto miracoloso della associazione, se essa non aveva il suo germe negli attributi dell' individuo del quale l' autorità sociale si costituiva serva, ministra, e protettrice. E questa dottrina si conferma dalla origine *storica* della pena, la quale ci mostra la successiva tramutazione della idea della vendetta *individuale* nella idea della vendetta *collettiva*, prima di tribù e poscia di società. Prodotto della consociazione non è il diritto di punire, ma la limitazione di questo diritto originario nello individuo; e poscia monopolizzato dalla forza *collettiva* per una intuizione *razionale*, e conseguentemente necessaria e costante.

§. 602.

Il diritto di punire nell' autorità civile emana dalla *legge eterna dell' ordine* applicata alla umanità; che è quanto dire emana dalla *legge di natura.* E quando io dico *legge di natura, diritto naturale,* non intendo

Digitized by Google

già per *natura* le *condizioni materiali* dell' individuo umano. Questo falso concetto che generò tanti errori porta a confondere gli *appetiti* e i *bisogni* dell' uomo individualmente guardato, con i *diritti* della umanità. Gli appetiti umani possono essere talvolta la rivelazione spontanea della legge naturale, quando siano razionali; cioè coordinati al rispetto dei diritti di tutti. Ma la legge di natura non deve scambiarsi con la voce che in certi casi la promulga. Essa è *precedente* a cotesti appetiti; non *procedente* da loro: nel modo stesso che è precedente ad ogni fatto umano, e ad ogni umano ordinamento. La legge di natura è quale la concepiva Aristotele: la legge dell' ordine prestabilita alla umanità dalla mente suprema.

§. 603.

In questa formula si unificano il principio della giustizia assoluta (della quale è il primo archetipo la legge naturale) il principio della conservazione (della quale è strumento divino la legge stessa) e l' assentimento spontaneo della coscienza universale, promulgatrice costante di quella legge. Queste tre idee (1) si unificano in quella formula, non come tre cose distinte, che la fantasia di un eclettico ricongiunga per formarne un sistema; ma come tre elementi o condizioni insite per natura sua in un principio *unico*, e da lui inseparabili.

(1) *Giustizia, utilità, simpatia* non possono non essere un contenuto necessario della legge suprema dell' ordine. Imposta da un Dio giusto alla umanità non può essere che *giu-*

Digitized by Google

sta. Imposta da un Dio benefattore per il bene dell' umanità non può essere che *utile.* Promulgata da un Dio onnipotente nella coscienza di tutti non può essere che *simpatica;* vale a dire trovare nella storia il riconoscimento universale spontaneo di tutte le genti. Ma questa legge suprema deve studiarsi nella ragione pura, e non cercarne il testo nella storia, perchè spesso e per troppo lunghi periodi le passioni hanno sostituito l' ingiusto al giusto, l' utile di pochi all' utile di molti, e il sentimento di pochi al sentimento di molti; e così la forza soverchiante ha imposto leggi che invece di essere l' attuazione logica della suprema legge dell' ordine la conculcavano e la contradicevano: e così le leggi umane troppo spesso per conseguenza inevitabile di tali aberrazioni, furono *ingiuste, dannose* al progresso umanitario, e *antipatiche* ai sottoposti. Questo è il puro concetto della vera *giustizia* nel suo modo di essere assoluto, della quale diceva S. Agostino *remota justitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?* Ma della parola *giustizia* si è fatto abuso come di tante altre parole; e così si disse *giustiziare* lo appiccare un uomo.

§. 604.

La derivazione nella società del diritto di punire dalla legge di natura, si dimostra mercè la catena delle seguenti inconcusse proposizioni:

1.° Che esiste una legge eterna, assoluta, costituita dal complesso dei precetti direttivi della condotta esteriore dell' uomo; promulgata da Dio alla umanità mediante la pura ragione. La esistenza di questa legge si esprime dai giuristi teologi con la formula — *legem naturalem hominibus imponere Deus et* potuit, *et* debuit, *et* voluit. — Essa non può negarsi senza negare una mente nella creazione; o negarle gli attributi della sapienza e della bontà.

Digitized by Google

2.° Che questa legge accorda all' uomo dei *diritti, necessarii* a lui per raggiungere la sua destinazione su questa terra. Riconosciuto che l' uomo sia dal creatore soggettato a dei *doveri,* non può senza assurdo non riconoscersi nella legge *morale* anche il carattere di legge *giuridica,* per la repugnanza che porterebbe in sè stessa una legge che imponesse dei doveri senza concedere i *diritti* che sono indispensabile mezzo per adempirli.

3.° Che della necessità assoluta in cui sono gli uomini di godere questi diritti, è necessità conseguente il diritto di esercitarne anche coattivamente la tutela, avverso coloro che per malvagio impulso violino il dovere, a tutti reciprocamente imposto, di rispettarli. Il necessario contenuto di ogni diritto è la facoltà di difenderlo contro ogni ingiusto attacco altrui.

4.° Che dal libero esercizio di questi diritti, e dalla relativa obbedienza al dovere di rispettarli, nasce l' ordine morale esterno voluto dalla legge di natura.

5.° Che il bisogno di quest' ordine, e cioè la effettiva protezione dei diritti umanitarii, non è soddisfatto nella società naturale; per la doppia cagione, della impotenza di affermare il giudizio sul diritto e sulla violazione, e della impotenza materiale di impedire o di riparare la lesione del diritto.

6.° Che dunque è necessità della natura umana lo stato di *società civile:* di una società, vale a dire, nella quale ai consociati sovrasti un' autorità protettrice dell' ordine esterno. Cosicchè l' ordine della *società civile,* ben lungi dall' essere un contrapposto

Digitized by Google

dell' *ordine naturale,* è anzi l' unico ordine che la *legge naturale* impone alla umanità.

§. 605.

Questa serie di proposizioni porta alla conseguenza inevitabile che l' autorità sociale, voluta dalla legge eterna dell' ordine come unico mezzo possibile di tutelare i diritti dell' uomo, deve essere un' autorità armata di tutte quelle forze (1) che le sono necessarie per raggiungere cotesto fine. E queste forze a lei attribuisce, non il consenso umano o la convenienza politica, ma la stessa legge che *la volle* e la volle per *cotesto fine.*

(1) Dallo identico fondamento della tutela giuridica emana nello stato il diritto (o meglio il *dovere*) di costituire Tribunali i quali decidano delle controversie fra i privati, e di fare eseguire coattivamente tali decisioni: ossia il *magistero civile.* Finchè questo basta alla tutela giuridica a questo si limitano le potestà dello Stato. Dove questo non sarebbe sufficiente subentra la necessità del magistero di polizia e del magistero punitivo. Ma la nostra formula della tutela giuridica ha incontrato una critica (o a meglio dire dei dubbi) per parte di Chrétien di Caen in una sua dissertazione intitolata *Droit de punition et droit de défense,* inserita nella *Revue Critique tom.* 33, *ann.* 1868, *pag.* 113. Affinchè tali dubbi possano essere pienamente compresi ed apprezzati mi piace trascriverne lo intero brano — ivi — *M.* Carrara *de l' Université de Pise, soutient en général que le droit de l' État dérive de la délégation partielle d' un pouvoir supérieur et divin, ayant pour but d' assurer l' observation sur notre globe de la loi éternelle de l' ordre. Spécialement, le droit de punir a pour*

Digitized by Google

base le droit de tutelle, tutela giuridica, *que l' État doit exercer au profit de chacun de nous. Justifions le sentiment de profonde méfiance que nous inspire ce mot de tutelle qui revient si souvent sous la plume de l' auteur avec ce sens très large qu' y attache la langue italienne. Si l' État est tuteur il en résulte que l' homme est un mineur, un incapable. L' État sera rigoureusement tenu non seulement de protéger ses droits contre d' illégitimes empiétements mais encore de prendre en main le gouvernement de ses intérêts. Engagé dans cette voie par les mots dont il se sert,* M. Carrara *même lorsqu' il exprime des vérités incontestables, leur donne une couleur peu rassurante pour nos libertés individuelles. Loin de les défendre,* tutelare, *et surtout de les défendre malgré nous,* anche a dispetto di noi, *l' État doit laisser nos intérêts se mouvoir, se combattre, se vaincre les uns les autres, du moment où ils sont mis en jeu par des personnes en pleine possession de toutes leurs facultés humaines, ou la sureté n' est pas menacée.* Protesto che se potessi concepire il più remoto sospetto che la formula della tutela giuridica fosse mai per condurre alle conseguenze da lui temute io sarei il primo a rinnegarla e combatterla, perchè nessuno io credo possa essere così caldo sostenitore della libertà individuale (entro i debiti suoi confini) quanto io lo sono. Ma si rassicuri Chrétien, il suo dubbio nasce da un mero equivoco prodotto probabilmente dalla difformità del linguaggio e che non è mai nato nè può nascere in mente Italiana. La parola *tutela* ha un senso proprio nel giure civile che esprime una *potestà direttiva dell' altrui inesperienza:* ed il giurista Francese ha intraveduto nella nostra formula siffatta significazione, ed ha creduto (come è evidente dal contesto della sua obiezione) che dando noi a fondamento del giure punitivo la *tutela* giuridica si accordassero alla autorità sociale sopra i cittadini poteri uguali od analoghi a quelli che la legge civile dà al tutore sopra i pupilli. Dio ci guardi, scampi, e liberi da simile intendimento!

Digitized by Google

Ma la parola tutela ha il senso più generale di *protezione e difesa*, ed è questo il senso nel quale noi ed i nostri confratelli in questa dottrina (fra i quali ci piace di noverare Legrix *De la récidive chap.* 1, *Caen* 1868) adoperiamo al presente luogo la parola *tutela*. E che sia questo e non quello il senso di quella parola sul nostro labbro lo mostra a chi maturamente la consideri la stessa sintassi ed il *predicato* che aggiungiamo alla parola *tutela*. Se noi avessimo detto *tutela dei cittadini* poteva rimanersi esitanti fra il concetto di *direzione* (autorità tutoria) inceppatrice della libertà individuale dei cittadini; ed il senso di *protezione*, difesa dei medesimi. Ed allora siffatta formula si sarebbe prestata alternamente ai due opposti concetti di una forza che *modera la libera attività;* e di una forza che invece *protegge il più libero svolgimento* della umana attività. Ma dicendo tutela giuridica noi evidentemente accenniamo ad una *tutela* che ha per suo oggetto il *diritto:* e siccome il diritto è eterno e preesistente, così è impossibile imprestare a noi il concetto di una *tutela direttiva* quasichè si volesse porre il diritto sotto la *dipendenza* del *prudente arbitrio* della *autorità:* pensiero che è assolutamente agli antipodi di tutto il nostro sistema. La *tutela del diritto* (tutela giuridica che ha dato ombra al giurista Francese) non esprime altro che *difesa del diritto;* ma lo esprime con parola più larga perchè comprensiva di ogni modo di difesa così precedente come concomitante e come susseguente alla aggressione mossa contro il diritto. Ma se il diritto è ciò che deve essere tutelato (difeso, protetto) sarebbe contraddittorio allo stesso concetto della tutela quello di una potestà che *moderasse, frenasse,* o *limitasse* in qualsivoglia guisa il diritto oltre ciò che è nelle interne condizioni della natura sua. La parola *tutela* nella nostra formula ha il senso preciso nel quale fu spesa da lunghi secoli nella classica formula *moderamen inculpatae tutelae.* Ho altre volte osservato che fra i tanti ostacoli i quali impediscono alla scuola criminale francese di fraternizzare con la scuola Italiana, non è l' ul-

Digitized by Google

timo quello della difformità del linguaggio. Ad un mio illustre amico che gentilmente mi proponeva di voltare in Francese il mio *Programma* risposi che volentierissimo lo avrei veduto voltato in latino, ma che io credeva difficilissimo tradurre in francese le formule cardinali senza trasfigurarle. Una di queste formule alle quali io alludeva allora era precisamente questa di *tutela*. Del resto in quanto alla formula proposta da Chrétien vedasi la nota del §. 3939 seconda edizione.

§. 606.

Ma le forze meramente *remunerative* (1) e le *preventive* dell' autorità sociale non risponderebbero al bisogno, senza il diritto di punire i violatori della legge giuridica. Dunque da quella stessa legge dalla quale è voluta l' autorità ed il suo fine, è pure conferito nella medesima il diritto di punire. Se vi è fatto che esaminato *a posteriori* si dimostri come svolgimento di un principio universale ed assoluto, tale si è questo della punizione dei delinquenti. Rivelata all' uomo in tutti i tempi, ed in tutti i luoghi sotto forma del sentimento di vendetta; purificata ai primi albori della civiltà con la idea religiosa; ricondotta dal progresso dei lumi al suo vero carattere esclusivamente terreno; e finalmente portata alla sua ultima elaborazione col ravvisarvi non un diritto dell' offeso, del sacerdote o del principe, ma della umanità; la potestà punitrice ha mantenuto a sè stessa attraverso tutte le idee e tutti i sistemi, uno scettro al quale le passioni umane si sono sempre e dappertutto curvate. Ciò mostra, io ripeto, che se vi è precetto che intuitiva riveli la sua emanazione dalla legge eterna regolatrice della

Digitized by Google

umanità, esso si è questo della punizione del colpevole sulla terra.

(1) Non evvi bisogno di dimostrare la insufficienza dei mezzi *rimunerativi*. Le ricompense ai buoni ed alle buone azioni possono essere grande strumento di miglioria sociale rispetto ai bene inclinati; ai quali danno lena ed impulso a sostenere i sacrifizi che talora esigono le grandi opere virtuose. Ma per gl' inclinati al male sono parola morta. Inesequibile materialmente il metodo delle ricompense come mezzo d' impedire i delitti, sarebbe anche frivolo e deriso dalle passioni impellenti al delitto, le quali nel soddisfacimento dello appetito sensibile rappresentano agli occhi dell' uomo sedotto da loro un vantaggio di gran lunga superiore a quello del premio promesso dallo Stato, sia desso sensibile o soprassensibile.

§. 607.

Perciò tanto è lontano che possa elevarsi il menomo dubbio sulla legittimità delle punizioni irrogate dall' autorità sociale; quanto invece la società *civile* ha per *unica ragione assoluta* del suo essere soltanto questa della necessità di punire le offese recate ai diritti dell' uomo. Ai bisogni *fisici* ed *intellettuali* della umanità basterebbe infatti una mera *società naturale;* ordinata sul principio della perfetta uguaglianza; senza autorità, e senza leggi. Perchè dunque si dice che alla natura umana la sola associazione fraterna non basta, ma le è necessaria la società civile, che è quanto dire l' impero? Soltanto pei bisogni *morali* dell' uomo; i quali senza l' impero non sarebbero soddisfatti per la mancanza di ogni possibile protezione del diritto.

Digitized by Google

La necessità di punire è la sola ragione di essere dell' impero. Ponete che nessun uomo violasse mai i diritti altrui, o che la legge morale avesse in sè medesima bastante forza di coazione, o bastante sanzione, come l' hanno le leggi fisiche; e l' impero sarebbe allora una superfluità ed una ingiustizia. Il mutuo soccorso nelle esigenze della umanità; il progresso intellettuale indefinito dell'uomo, che cammina sul carro della tradizione; troverebbero quanto loro occorre nella mera associazione fraterna alla quale è spinta, e nella quale è mantenuta per impulso irresistibile della sua stessa natura, la umanità.

§. 608.

Ma la legge morale è in condizione di essere violata a cagione della libertà umana, e delle rie passioni che troppo trascinano al male. E la legge morale, siffattamente esposta ad essere violata, non ha in sè medesima sulla terra una coazione efficace, nè una sanzione immediata e sensibile. I bisogni della umanità esigevano che tale coazione e tale sanzione venisse a completarla. E lo strumento dalla legge eterna destinato a questo suo complemento è l' autorità sociale; che lo raggiunge mediante la coazione *preventiva* (ufficio di buon governo) e mediante la minaccia e la irrogazione di un male sensibile ai violatori del diritto (magistero punitivo): e così protegge legittimamente i diritti degli uomini ed i proprii. Il fine precipuo della società civile è la costituzione sulla terra del *regno della legge giuridica* che senza lei non sarebbe possibile; cioè di far vivere gli uomini uniti nel vincolo di

Digitized by Google

obbedienza alla legge del diritto. Ogni lesione del diritto individuale avversa il *fine* della società civile, e così avviene che leda anche la società. L' autorità sociale ha dunque diritto di fare tutto quello che è necessario a raggiungere codesto *fine* della tutela giuridica, e così ha il diritto di conservare e tutelare sè stessa, perchè con ciò tutela e conserva lo strumento che la legge eterna dell' ordine ha prestabilito come indispensabile a rendere *perfetta* la legge morale. Di qui il potere nell' autorità di esercitare coazione *fisica* per impedire un delitto non anche commesso: di qui il potere in lei di esercitare una coazione *psicologica* sui male inclinati, minacciando loro un dolore sensibile in pena di aver ceduto all' appetito del bene sensibile con violazione della legge del diritto. E poichè la sola opera della coazione fisica non basterebbe all' uopo, così il magistero punitivo deriva propriamente da una *necessità della umana natura,* e non da una *necessità politica* (1).

(1) La formula di Carmignani, che trovò nel diritto di punire uno *jus politicae necessitatis,* quantunque meno difettosa di tante altre formule immaginate allo scopo, non risponde al bisogno: perchè necessità politica vuol dire necessità della *città,* dello *Stato;* e il malvagio che si vede soggettato ad una pena può sempre rispondere che egli non riconosce la ragione di essere di codesto Stato, e di codesta città. E finchè a lui si ripete la consueta argomentazione che i bisogni fisici ed intellettuali della umanità, e la sua destinazione ad un indefinito perfezionamento, esigono lo stato di associazione; egli, senza niente affatto ricorrere ai deliri del Ginevrino, può ammettere la verità della natura socievole dell' uomo, e riconoscere nell' associazione il destino della

Digitized by Google

umanità; ma persistere a negare che tale associazione debba aberrare dai limiti di una mera fraternità fondata sul principio della perfetta uguaglianza; negare la legittimità della costituzione di un governo, e dirla un risultato della forza. Cosicchè quando a lui per tutta ragione del fatto di punirlo, gli si adduce il bisogno politico si ricorre ad un postulato che egli nega in radice. Ed ecco che si ha bisogno di una seconda dimostrazione per legittimare la costituzione della società a forma di Stato; e la legittimità del divieto, e della punizione. La formula *necessità politica* è dunque incompleta, perchè lascia a desiderare la dimostrazione che siffatta necessità sia costitutiva di diritto. Ma quando la ragione di punire si fa rimontare alla legge giuridica primitiva contemplata negl' individui, è dimostrata la necessità del punire come derivazione di codesta legge: ed è dimostrata contemporaneamente la necessità di essere della società civile e dell' impero. Il malvagio non può senza sofisma, e senza contradizione evidente negare codeste verità quando si riassumono con siffatta formula. Perchè quando egli chiede ragione alla società del *divieto* e della *punizione* per cui lo si priva di certi diritti, egli afferma in sè stesso la esistenza di quei diritti dei quali vorrebbe all' autorità contrastare la potestà di spogliarlo. E affermandoli *in sè*, gli è giuocoforza confessare una legge giuridica universale, e confessare ugualmente la esistenza di quei diritti *negli altri*. E confessandoli negli altri bisogna che confessi il suo *non diritto* di spogliarne gli altri com' egli ha fatto con l' azione delittuosa: e bisogna che confessi il diritto degli altri di tutelarli contro di lui. E allora sorge spontanea la differenziale del confronto fra questi e lui. Perchè questi, non avendo i primi violato la legge giuridica, hanno ragione d' invocarne la tutela, e dirsi da lui spogliati *ingiustamente*. Egli invece, perchè violò il primo la legge giuridica, non può senza contradizione invocare la tutela della medesima entro i limiti nei quali il diritto da lui affermato trova collisione nel diritto degli altri. È perciò che il diritto *in genere* di proibire e punire non

Digitized by Google

può dal colpevole negarsi senza vizio logico, perchè nella sua opposizione egli si fonda sul postulato della esistenza di una legge giuridica, la quale gli è forza confessare universale ed a tutti comune. E la confessione del diritto è inseparabile dalla confessione della facoltà di difenderlo. Ecco perchè io ho creduto di non accettare la formula del mio grande maestro; perchè se si prende seccamente è una formula empirica, e se vuole farsi risalire ad un sommo principio di ragione, questo non può trovarsi in altro che nella legge di natura prima costitutrice del diritto e della sovranità del diritto. La *società civile,* ossia la *città,* ben lungi dall' essere la *causa* del diritto; ne è il primo *effetto.* Non è dessa che crea la legge giuridica; è la legge giuridica che crea lo Stato come strumento della propria osservanza. A me pare giustissima la censura di Thiercelin *(pag.* 202 *et suiv.)* che la formula *necessità sociale* cade nell' errore così frequente di confondere il *diritto* con la sua guarentigia.

§. 609.

Il diritto di punire nella società ravvisato come complemento e sanzione indispensabile del precetto morale, causa dell' essere della società, prescrizione della legge eterna dell' ordine nella umanità, riposa in tal guisa sui tre principii della utilità, della giustizia, e della simpatia. Della *utilità,* perchè la legge di natura è unicamente intesa al bene dell' uman genere: della *giustizia,* perchè la legge di natura come legge divina ha per norma il giusto assoluto, che esige il male di chi fa male: della *simpatia,* perchè la legge di natura promulgata da Dio al cuore di tutti gli uomini mercè il senso morale e la retta ragione, non può non trovare un' eco di approvazione alle sue volontà in tutti i cuori che

Digitized by Google

non siano pervertiti dalla passione. Ma questi non sono tre principii che si accozzino per virtù di una dottrina: sono le condizioni congenite e inseparabili della legge di natura.

§. 610.

La pena non è un mero bisogno di giustizia che esiga la *espiazione* del male morale. Dio solo ha la misura e la potestà di esigere la dovuta espiazione (1). Non è una mera difesa che l'*interesse* degli uomini si procacci a spese altrui. Non è lo sfogo di un sentimento degli uomini che mirino a tranquillizzare gli animi loro rimpetto al *pericolo* di offese future. La pena non è che la sanzione del precetto dettato dalla legge eterna: la quale sempre intende alla conservazione della umanità, ed alla tutela dei suoi diritti; sempre procede sulle norme del giusto; sempre risponde al sentimento della coscienza universale.

(1) Per naturale svolgimento di questo concetto, e ad eliminare per sempre dal giure punitivo ogni idea di espiazione Franck propose che la parola *pena* dovesse perpetuamente bandirsi dalla nostra scienza, e sostituire la parola *repressione*.

§. 611.

Il sistema penale, riconosciuto come emanazione della legge di natura, deve ordinarsi dunque in conformità di quelle condizioni che sono insite al fonte da cui deriva. Ogni sistema penale che aberri da una di tali condizioni, è ingiusto, antipatico, e deve

Digitized by Google

riuscire dannoso: perchè le norme della legge eterna sono assolute ed impreteribili. Coerentemente a siffatti pensieri io ravviso il principio *fondamentale* del giure punitivo nella necessità di difendere i diritti (1) dell'uomo: ravviso nella giustizia il *limite* del suo esercizio; nella pubblica opinione il moderatore della sua *forma*.

(1) La *tutela giuridica* è evidentemente una formula essenzialmente diversa dalla formula della *tutela sociale*. A questa la scuola eclettica ebbe bisogno di congiungere la idea del limite della giustizia, che rispetto alla formula *tutela sociale* è un *estrinseco*, un *quid ulteriore*, adiettovi per la conciliazione della dottrina. E bene fu mestiero lo usare questo ripiego, perchè la formula *difesa sociale* dà alla punizione un principio tutto *materiale*, e lo pone in balìa delle fluttuanti e spesso esorbitanti esigenze dell' *utile*. Ma nella formula della *tutela giuridica*, il limite della giustizia è congenito, intrinseco, inseparabile, perchè quando si dice che l'autorità deve difendere il diritto, si dice che lo deve difendere così nell'offeso come nell'offensore: cioè punire questo per difesa di quello, ma non punirlo oltre il bisogno di tale difesa, perchè ciò facendo violerebbe il diritto dell'offensore, e la pena divenendo ingiusta per la sua eccessività, non più troverebbe appoggio nella suprema ragione della tutela giuridica. Fra i moderni criminalisti quello che più siasi avvicinato alla nostra formula è l'illustre Ortolan *cours de droit pénal n.* 176 *et suiv. n.* 185 *et suiv.* È inoltre da avvertirsi che la formula difesa *sociale* si presta ad una *equivoca* interpetrazione, in quanto cioè la parola *sociale* può essere presa o in senso *attivo*, o in senso *passivo*. In senso *passivo* quando s'intenda che il gius primitivo di punire nasce nella società per la difesa *di sè stessa:* e in questo senso la formula è propostera e falsa e diviene tirannica. In senso *attivo* quando s'intenda che il diritto primitivo è

Digitized by Google

nello individuo e che la società deve esercitarne la difesa: in questo senso risponde al concetto che io tengo per vero; dicasi pure difesa sociale, ma per esprimere il *defendente* non il *difeso*. Tale formula però è inaccettabile appunto perchè pericoloso lo scambio; e difatti nella mandra degli scioli che disputano in giure penale, moltissimi con la formula *difesa sociale* intendono esprimere che la società sia la cosa difesa, e così procedono per vie tenebrose alle più assurde conseguenze, la censura delle quali è sintetizzata con la parola *statolatria*. Il vero principio nel quale si riassumono i limiti del principio di autorità e si dirime il perpetuo conflitto fra la forza dello Stato e la forza dello individuo, si descrisse da Stuart Mill con quelle celebri parole, le quali in sostanza altro non sono che lo svolgimento del principio della *tutela giuridica*, e circoscrivono entro i dovuti confini ogni esercizio di coazione alla quale aspiri l' autorità sociale. Ecco le parole di Mill — *Un uomo non può in buona giustizia essere obbligato ad agire o ad astenersi, per la sola ragione che ciò sarebbe il meglio per lui, e che ciò lo renderebbe più felice, o perchè nella opinione degli altri ciò sarebbe saggio. Queste sono buone ragioni per fargli delle rimostranze, per ragionare con lui, per convincerlo, e per supplicarlo; ma non per costringerlo, e per produrgli alcun danno se egli passa oltre. A giustificare ciò bisogna che la condotta dalla quale si vuol distogliere quest' uomo, abbia per effetto di nuocere a qualche altro. La sola parte della condotta di un individuo, per la quale egli possa essere giudicato dalla società, è quella che concerne gli altri. Per ciò che non interessa che lui, la sua indipendenza è di diritto assoluta. Sopra sè stesso, sul suo spirito, sul suo corpo l' individuo è Sovrano* — Da ciò nasce che la formula del diritto di *emendare* è *falsa* od *inutile*. È *inutile* quando si voglia emendare il cittadino in ciò che porterebbe lesione ai diritti altrui, perchè a questo si giunge col solo principio della *difesa del diritto*. È *falsa* in quanto estendasi a ciò che ad

Digitized by Google

altri non nuoce; ed apre la via alle più esose tirannidi conferendo allo Stato i poteri che si arroga il superiore di un chiostro. Seduce gli animi la prospettiva del miglioramento della umanità, ma quando a raggiungerlo si adoperano mezzi violenti senza bisogno della difesa altrui, la apparente filantropia degenera in un dispotismo iniquo. Vedasi l' opera pregevolissima dello illustre Professore Wahlberg *il principio della individualizzazione nel diritto penale, Vienna* 1869, *pag.* 138 *a* 143, dove mette a nudo sotto ogni aspetto la inaccettabilità del sistema che vorrebbe trovare nella emenda del colpevole il fondamento del diritto di punire ed il fine della pena.

§. 612.

Lo che porta a concludere che la *libertà dell' uomo* è in definitiva il fondamento del giure penale. Destinato l' uomo per legge di sua creazione ad esercitare *liberamente* la sua attività sulla terra entro il limite del rispetto alla libertà dei suoi simili, egli è costituito *ab aeterno* sotto il dominio della *legge morale* che ad un tempo segna i suoi diritti sugli altri, ed i suoi doveri verso gli altri. Ma questa libertà non sarebbe reale senza il freno di un' autorità che completasse la efficacia della legge. Dunque non è la società che fa *nascere (!)* il diritto di punire: è la *necessità di punire* i violatori del diritto quella che fa nascere la *società civile.* Questa è un effetto inalterabile della legge di natura, non come *fine,* ma come *mezzo,* come *strumento* alla coazione della licenza, ed alla respettiva protezione della umana attività. Se si nega la preesistenza del diritto alla società civile: se nella recognizione di questa legge eterna non si ravvisa la ragione di

Digitized by Google

essere dell' autorità come sua necessaria ministra; bisogna gettarsi disperati in una di queste due vie. O incatenare la ragione umana ad un dommatismo favoloso. O lanciarsi nella onda infida ed incostante della utilità. Nel primo caso si consegna il giure penale alla teologia, e necessariamente si subordina ad un principio falso appo quelle genti che non godono la verità della rivelazione: nel secondo si affida ai venti delle passioni. Ogni altra formula non è che un ritrovato di nuove frasi, nel cui fondo o vi è il vuoto, o vi è una di queste due idee. Non vi è che la formula della legge dell' ordine terreno, che mantenga il giure penale nella vera sua condizione di essere un fatto puramente umano esente da ogni ascetismo, ed ai soli *fini umani* diretto: e di essere un fatto che si rannoda ad un *principio assoluto,* incrollabile e immoto, sì rimpetto alle furie dei molti, come rimpetto alle prepotenze dei pochi. La base della nostra formula è un *domma:* il domma universale che legittima le società, i governi, il magistero penale e civile, e quanto altro avvi che esprima l' impero della intelligenza umana sull' uomo: un domma umanitario che persuade così i cristiani come i seguaci dei falsi profeti: il domma che il Creatore subordinasse gli uomini ad una legge morale che fosse giuridica e perfetta; e che così la pena altro non sia che la *necessaria sanzione della legge morale giuridica.* Noi siamo tutti strumenti nella mano di Dio: o governati o governanti non abbiamo diritti tranne per servire ai suoi fini.

Digitized by Google

CAPITOLO III.

Fine *della pena.*

§. 613.

Spesso si confuse lo *scopo* di un fatto, con la *ragione della sua legittimità:* ciò avvenne ancora in rapporto alla *pena;* e fu sorgente di errori. L' una cosa è essenzialmente distinta dall' altra. Lo studio del *principio fondamentale* (1) della pena conduce a trovare il *criterio essenziale* delle azioni delittuose; cioè quali condizioni debbano incontrarsi nelle azioni umane perchè possano vietarsi senza cadere in tirannide. E il risultato di tale studio, secondo la nostra formula, si compendia in questo: debbono essere *azioni lesive del diritto* (2) alle quali non si ottenga completa riparazione con la sola *coazione* fisica, ma siavi bisogno di una *sanzione.* Lo studio del *fine* della pena conduce a trovare i *criterii misuratori* dei delitti non nel solo punto di vista della loro *imputazione,* ma nel punto di vista delle *pene* da opporsi ai medesimi.

(1) Non sarebbe possibile enumerare tutti gli scritti relativi al diritto di punire, poichè sono pochi i libri di giure penale dove più o meno largamente lo scrittore non siasi occupato di questo cardinale problema, e sono pure senza numero le dissertazioni speciali su tale argomento; cosicchè chi volesse tentare una bibliografia del diritto di punire farebbe una bibliografia universale del diritto criminale. Mi limiterò ad indicarne alcune delle meno conosciute. Hermann *de fun-*

Digitized by Google

damento juris puniendi, Lipsiae 1793 — Van Troyen *de jure puniendi, Groningae* 1827 — Raussendorff *de poenis illarumque finibus ex placitis juris naturae recte aestimandis, Vitembergae* 1794 — Hilligerus *de poenis illarumque finibus, Vitembergae* 1795 — Duareno *opera omnia, Lucae* 1765, *vol.* 3, *comment. in septim. Digest. part. in tit. de poenis pag.* 229, 231 — Winsinger *loc. cit. cap.* 4, *sect.* I, *pag.* 83 — Meyer *observationum de poenis illarumque finibus, Vitembergae* 1790 — Schnor *de poenis, Vitembergae* 1791 — Albrecht *de poenis earumque finibus, Vitembergae* 1792 — Lautsch *de poenis, Vitembergae* 1793 — Rusca Franchini *specimen jurisprudentiae criminalis, Mediolani* 1775 — Calisti *sulla origine del diritto di punire, Recanati* 1869.

(2) Questo già si intende di quelle azioni che vogliono vietarsi qualificandole delitti. Ai divieti di semplice polizia, la infrazione dei quali non fa luogo a vere *pene*, non occorre l'estremo della *violazione* o *aggressione* del diritto. Tali divieti sono giustificati anche per considerazioni di semplice prosperità. Ma di questi non può senza generare confusione occuparsi la scienza criminale.

§. 614.

Il *fine* della pena non è quello nè che *giustizia sia fatta;* nè che l'offeso sia *vendicato;* nè che sia *risarcito* il danno da lui patito; nè che si *atterriscano* i cittadini; nè che il delinquente *espii* il suo reato; nè che si ottenga la sua *emenda.* Tutte coteste possono essere *conseguenze accessorie* della pena; ed essere alcune di loro desiderabili: ma la *pena* starebbe come atto incriticabile quando tutti cotesti risultati mancassero.

Digitized by Google

§. 615.

Il *fine* primario della pena è *il ristabilimento dell' ordine esterno nella società* (1).

(1) Cock *(diss. de fine poenis proposito, Groningae* 1819) Feuerbach, e altri con loro, dissero doversi distinguere il *fine* della *comminazione* della pena, dal *fine* della sua effettiva *irrogazione*. Ma Baver, e Königswerter respinsero cotesta distinzione come una vana sofisticheria, osservando che alla esecuzione della pena non potea darsi un *fine speciale*. Essa non deve essere che la sequela necessaria della sua comminazione fatta dalla legge. Ora se il giudice nello irrogare la pena si proponesse un *fine diverso* da quello che il legislatore si propose nel minacciarla, la condanna non sarebbe più la sequela necessaria della legge; non sarebbe più un' azione *giusta*, ma un' azione *politica:* e il giudice nel *diverso fine* supposto potrebbe trovare una ragione di deflettere dalla coerenza alla legge. Malgrado ciò piacque allo insigne Tolomei *(diritto penale* §. 68, *pag.* 47) riprodurre questa differenziale: forse con occhio più acuto egli scorse la linea di tale differenza che a me non riesce di percepire.

§. 616.

Il delitto ha *materialmente* offeso un individuo, od una famiglia, od un numero qualunque di persone. Questo male non si ripara con la pena.

§. 617.

Ma il delitto ha offeso la società violando le sue leggi: ha offeso tutti i cittadini diminuendo in loro

Digitized by Google

la *opinione* della *propria sicurezza*, e creando il *pericolo* del malo esempio.

§. 618.

Il pericolo dell' offeso è ormai pur troppo passato, poichè si è convertito in male effettivo. Ma il pericolo che minaccia tutti i cittadini è adesso cominciato. Il pericolo cioè che il malvagio, se si lascia impunito, rinnovi contro altri le sue offese: e il pericolo che altri, incoraggiati dal malo esempio, si diano anch' essi a violare le leggi. Ciò eccita naturalmente l' effetto morale di un timore, di una sfiducia nella protezione della legge in tutti i consociati che nutrono alla ombra della medesima la coscienza della loro libertà.

§. 619.

Questo danno tutto *morale* (§. 118) crea la offesa a tutti nella offesa di uno, perchè turba la quiete di tutti. La pena deve riparare a questo danno col *ristabilimento dell' ordine*, commosso pel disordine del delitto. Il concetto di *riparazione*, col quale esprimiamo il male della pena, ha implicite in sè le tre risultanti di *correzione* del colpevole, *incoraggiamento* dei buoni, *ammonizione* dei male inclinati. Ma questo concetto differisce grandemente dal concetto puro della *emenda*, e dal concetto dello *atterrimento*. Altro è *indurre* un colpevole a non più delinquere, altro è pretendere di renderlo interiormente buono. Altro è *ricordare* ai male inclinati che la legge eseguisce le sue minacce, altro spargere il

Digitized by Google

terrore negli animi. Il timore e la emenda sono implicite nell' azione morale della pena; ma se di loro vuol farsi un *fine speciale* (1) essa si denatura, e si conduce ad aberrazioni il magistero punitivo.

(1) È evidente la perniciosità delle conseguenze alle quali per forza logica inevitabilmente conducono la *intimidazione* e la *emenda* guardate come fine primario della penalità. La intimidazione porta ad un rincaro perpetuamente progressivo delle pene, perchè il delitto commesso mostrando per positivo che quel colpevole non ha avuto paura di quella pena, persuade che per mettere paura agli altri sia necessario accrescerla. Questo era lo stolto argomento di Vouglans. E siccome pei vizi della natura umana le pene non arrivarono mai, e mai non arriveranno ad impedire che si delinqua, la continuata progressione dei delitti porta per cotesto ragionamento alla perpetua progressività del rigore, e non vi è punto di confine. La emenda all' opposto porta per altra deduzione logica ugualmente necessaria a sottrarre alla pena il delinquente corretto; lo che rendendo la pena precaria, incerta, e condizionale, ne distrugge tutta la forza morale.

§. 620.

I cittadini che temevano nuove offese dal delinquente, cessano di temerne, sperandolo *frenato* dalla pena.

§. 621.

I cittadini che temevano per parte di altri la imitazione del malvagio, cessano di temerne, sperando dal male a lui inflitto una *remora* che elida l' impulso del tristo esempio. Ed ecco come nella formula della *tranquillità* si riassuma il fine della pe-

Digitized by Google

na. Questa formula congiunge in sè la espressione che la pena deve essere *pena*, e deve essere *difesa diretta*. Osservazione recentemente esplicata dall'illustre E l l e r o, e prima di lui non avvertita da alcuno. La pena è destinata ad agire sugli *altri* più che sul colpevole *(moralmente* già s' intende) ma non basta che agisca sui *malvagi:* bisogna che agisca sufficientemente sui *buoni*, per farli tranquilli così rimpetto al delinquente stesso, come rispetto ai temuti suoi imitatori. Quindi quel male che sarebbe sufficiente sanzione al precetto, perchè avrebbe bastante azione sui malvagj in quanto oppone loro un patimento superiore all' utile del delitto, può non avere sufficiente azione sui buoni per tranquillizzarli rispetto allo stesso colpevole. Vi è bisogno di una detenzione prolungata perchè i cittadini non abbiano ragione di temere che colui, troppo presto liberato, torni alle offese. Ecco come il concetto della *difesa diretta* si ricongiunge al fine della *tranquillità* (1) e viene a completare il criterio misuratore delle pene.

(1) Così torna ad osservarsi che se la parola *pena* esprime la *materialità* del fatto sociale contrapposto al fatto individuale; la parola *repressione* meglio risponde al suo *fine* che è appunto quello di *reprimere* (calmare) tutte le forze eccitate sia nei buoni, sia nei malvagi, dallo spettacolo di un delitto commesso. Reprimere: non le forze *fisiche* del delitto, le quali a reato compiuto hanno ormai corso irretrattabilmente la propria linea: ma reprimere le forze *morali oggettive* del delitto nelle quali si riassume tutto il suo carattere politico. *Reprimere* nel delinquente l' audacia che in lui sorgerebbe dalla impunità e che lo ecciterebbe alla ripetizione di ulteriori offese al diritto. *Reprimere* nei male inclinati lo impul-

Digitized by Google

so imitativo connaturale all' uomo e che li spingerebbe a fare altrettanto. *Reprimere* negli onesti la trepidazione e la sfiducia nella autorità del diritto. *Reprimere* negli offesi lo impulso alla reazione contro l' offensore, che sorge spontaneo in ogni individuo dalla coscienza del proprio diritto e dal contenuto necessario di questa coscienza che è la legittimità della difesa e della reazione come difesa. Soltanto la certezza della repressione operata dalla autorità sociale può far nascere la convinzione della illegittimità della repressione privata, ed imponendo agli offesi il precetto di astenersene reprimere anche questa tendenza istintiva nell' uomo. Ecco come mentre il delitto ha turbato per tanti lati la tranquillità nell' animo dei cittadini può soltanto dalla pena minacciata al colpevole dalla autorità sociale sperarsi ricondurre quelli animi agitati alla pristina quiete. Senza il sistema penale le città sarebbero un continuo teatro di lotte e di guerra senza limite. Ecco come nella *tranquillità* sta, pel mio modo di intendere, il vero *fine* della pena.

§. 622.

Così la *pena* che niente rimedia al male materiale del delitto, è rimedio efficacissimo ed unico del male *morale*. Senza questa i cittadini, che sentirebbero per la ripetizione dei malefizi ogni giorno viepiù dileguarsi la loro sicurezza, sarebbero costretti o a darsi alle violente reazioni private, per petrando il disordine e sostituendo il governo della forza al governo della ragione; o ad abbandonare una società incapace a proteggerli.

§. 623.

In tal guisa l' ultimo *fine* della *pena* è il bene sociale, rappresentato nell' *ordine* che si procaccia

Digitized by Google

mercè la tutela della legge giuridica; e l' effetto del fatto penale si ricongiunge con la causa che lo legittima.

§. 624.

Ma per giungere a cotesto *fine* la pena bisogna produca certi effetti, i quali sono come altrettanti fini più prossimi cui la penalità deve indirizzarsi. E questi determinano i *caratteri speciali* che devono *impreteribilmente* desiderarsi nella medesima.

§. 625.

Tali *condizioni* della penalità, essendo derivazioni del suo principio assoluto, legano lo stesso legislatore, il quale non può senza abuso defletterne; poichè la legge eterna dell' ordine è, come disse Bacone, la *lex legum.*

§. 626.

Finchè si aggira nella ricerca di queste *condizioni* essenziali, il giure penale si mantiene all' altezza di *scienza* puramente speculativa. Quando discende poi a scegliere i modi migliori per attuare cotesti principii, viene (come bene osservò un grande filosofo (1)) a partecipare dell' *arte;* perchè le sue ricerche cadono tutte sui mezzi pratici di obbedire a quella legge, e di raggiungere quel fine che la scienza gli ha rivelato.

(1) Il Cav. Senatore Centofanti.

Digitized by Google

CAPITOLO IV.

Forze *inerenti alla pena.*

§. 627.

Esaminando la *pena* nella sua indole giuridica, troviamo costituirsi la medesima di due *forze* omogenee a quelle che riscontrammo nel delitto (§. 53, e segg.); ed in ciò ricorre perfettissima analogia: forza *fisica*, e forza *morale*.

§. 628.

La forza *fisica soggettiva* della pena consiste negli *atti materiali* con cui s' irroga al reo il male che costituisce la punizione. Senza atto esterno non può esservi pena, come non vi può essere delitto. La forza *fisica* della pena, *oggettivamente* guardata, si rappresenta dal bene tolto al delinquente ossia dallo *effettivo patimento*, in cui sta pel condannato il risultamento doloroso della pena: come la forza fisica oggettiva del delitto ci esprime il risultato dannoso che dal medesimo proviene all' offeso. La forza *fisica oggettiva* della pena si calcola in ragione composta della sua *durata* e della sua *intensità* (1): al modo stesso che il danno immediato del delitto si misura sulla sua intensità e sulla sua maggiore o minore reparabilità.

(1) Nel comune linguaggio la denominazione *speciale* delle singole pene si tragge talvolta dalla loro forza *fisica soggettiva:* come quando si dice pena della forca, pena della ga-

Digitized by Google

lera, pena della frusta, della gogna, e simili: e talvolta si tragge dalla loro forza *fisica oggettiva*, come quando si dice pena di morte, pena di detenzione, d' interdizione locale, e simili. Questa differenziale nella nomenclatura è un' accidentalità indifferente.

§. 629.

La varietà delle condizioni nelle quali versa l'individuo colpevole produce lo effetto inevitabile che nella pena praticamente applicata non sempre la forza fisica oggettiva conservi identica proporzione con la forza fisica soggettiva: e ne avviene che alla identità di forza soggettiva risponda una notabilissima differenza nella forza fisica oggettiva. Questa verità è intuitivamente sentita. Le mille lire di multa e i venti anni di galera sono sempre uguali a sè stessi nella forza fisica soggettiva per quanto si applichino a diversi individui. Ma variano per necessità nella forza fisica oggettiva secondochè si applicano al ricco od al povero, al giovine o al vecchio, al sano od allo infermo. Di qui gravi difficoltà e dubbiezze nella pratica distribuzione della pena. Vedasi §. 649.

§. 630.

La forza *morale soggettiva* della pena sta nel procedere essa dalla *volontà razionale* del giudice competente, che interpetra ed applica la volontà della legge. Senza questo elemento, senza un fatto *psicologico* che gli dia legittimità, nel male irrogato non si ha una pena, ma un fatto violento che non ha caratteri giuridici: nel modo stesso che se il fatto dannoso non procede da volontà intelligente, non si

Digitized by Google

ha un delitto, ma una violenza del fato senza carattere giuridico; perchè gli manca il concorso del fatto *psicologico*, e così è destituito della forza morale soggettiva essenziale al delitto.

§. 631.

La forza *morale oggettiva* della pena si rappresenta dal *risultato morale* che il supplizio eccita negli *animi* dei cittadini; o buoni col farli tranquilli, o malvagi col frenarli.

§. 632.

La grande efficacia politica della pena sta in questa sua *forza morale*. Dalla forza morale del delitto nasce la *offesa sociale;* dalla forza morale della pena nasce la *riparazione sociale*.

§. 633.

È tale la importanza della *forza morale* della pena che alcuni criminalisti, fra i quali Nicolini (1), vollero *in questa sola*, considerata nei suoi effetti sull'animo del colpevole, ravvisare la *vera pena*. Il carcere, l'ammenda, e la stessa morte non sono, secondo questa dottrina, veramente la *pena;* ma sono i *mezzi* per cagionare la *pena:* e quelli sono unicamente legittimi per cotesta loro *azione sull'animo*.

(1) In un suo trattato inedito sul diritto di punire, inviato in forma di lettera al professore Ortolan nel 1843.

Digitized by Google

§. 634.

Non può negarsi questo duplice significato della parola *pena*. Quando si dice, *il carcere è una pena*, si designa la *materialità* di un mezzo speciale destinato a far soffrire il colpevole. Quando si dice, *Cajo ha subito la carcere*, si esprime il risultato del mezzo materiale usato contro di lui, la privazione della libertà personale, e il patimento che questa ha cagionato al colpevole. Cotesta duplice accezione della parola *pena*, emerge chiara da una frase comune che senza ciò sarebbe un' anfibologia. Dicesi spesso — *le* pene *infamanti non sono* pena *per l' infame: le* pene *pecuniarie non sono* pena *per il ricco*. Ciò venendo a dire la *pena* non è *pena*, affermerebbe la impossibilità logica dell' essere e non essere, se non si desse un duplice senso alla parola.

§. 635.

Simile pensiero è dunque esatto: ma l' aspetto tutto ideologico sotto il quale la pena verrebbe così a considerarsi, male si presta alla sposizione della dottrina; e rinnoverebbe quasi il linguaggio scientifico. Senza dunque abbandonare il significato materiale che comunemente si dà alla parola *pena*, al concetto ideologico si giunge assai, per quanto importa ai bisogni della scienza, col rintracciare distintamente nella *pena* (*mezzo* di cagionare dolore) le *forze* che in lei si contengono, e che ne costituiscono il meccanismo ed i resultati.

Digitized by Google

§. 636.

La *forza morale* è nella pen sotto entrambo i suoi aspetti, anche prima che sia gata. Anzi allo stato di *minaccia* essa non agisce che moralmente. Ma quando il delitto dallo stato di previsione è passato allo stato di realtà, la forza morale della minaccia sarebbe distrutta se anche la pena non divenisse una realtà. È la sua irrogazione materiale quella che restituisce alla minaccia, disprezzata dal delinquente, tutta la efficacia sugli animi: ed è in questo momento che si completa la *forza morale* della pena. La irrogazione materiale del castigo diviene un fatto giuridico, perchè rende più sensibile la *idea;* la idea nel colpevole di aver meritato quel patimento col violare il precetto; la idea nei buoni di essere protetti mercè la sanzione del precetto; la idea nei maleinclinati di correre incontro ad uguali patimenti se violeranno il precetto.

§. 637.

Ma perchè la pena abbia in tutta la sua potenza cotesta *forza morale oggettiva,* bisogna che risponda alle condizioni che nella medesima sono richieste dal suo principio fondamentale e dal suo limite.

Digitized by Google

CAPITOLO V.

Condizioni *che deve avere la pena.*

§. 638.

Tali *condizioni* possono dividersi in due classi, secondo che o emanano dal criterio tutto *positivo* della *tutela* del diritto; o dal criterio della *giustizia*, che, riconosciuto come *limite*, può dirsi meramente *negativo* (1).

(1) Se tutte e singole le *condizioni* che andiamo a raccogliere devono essere rispettate costantemente dal legislatore perchè le penalità da lui determinate rispondano ai bisogni della difesa senza ledere la giustizia, la conseguenza pratica che da ciò deriva è quella del vantaggio grandissimo delle codicizzazioni penali. Il grande benefizio della codicizzazione in materia penale è quello di costringere il legislatore a meditare sui principii generali della imputazione e della penalità, e facendo di quelli una specie di cerchio a sè stesso subordinare e coordinare ai medesimi le proprie sanzioni. Le penalità inflitte per via di leggi eccezionali e di occasione sono sempre figlie di circostanze transitorie, e di movimenti inconsulti di paura o di sdegno, sotto l' impulso dei quali male si conserva la signoria dei precetti generali di ragione; ed è quasi impossibile operare in guisa che le penalità della legge speciale nuova serbino la debita proporzione con le penalità preesistenti per altre leggi. I codici generali penali (se non sono fatti a casaccio, e come suol dirsi a pezzi e bocconi) offrono sempre una unità di pensiero: o vi sarà soverchia fierezza, o troppo mitezza, ma vi sarà sempre unità di pensiero. E ciò arreca alla città il grande benefizio della

Digitized by Google

uniformità nella repressione; lo che produce al tempo stesso un servigio alla giustizia distributiva, e più specialmente giova a radicare nel popolo una rispettosa fede nella bontà delle leggi che lo governano. Il vero progresso civile forza è che proceda sempre su questa duplice ruota: leggi che correggono i costumi; costumi che correggono le leggi. La opera correttrice del costume è *spontanea:* la opera correttrice delle leggi è riflettuta e *calcolata* a priori; ma perchè il calcolo sia buono bisogna che contempli il diritto nella sua universalità. A tal fine è necessario che un nuovo codice penale lasci sussistere il meno possibile di leggi eccezionali; e che il meno possibile sopraggiungano leggi eccezionali, le quali vengano a far corona al codice esistente. Altrimenti ne seguono deplorabili inconvenienti, e il generale discredito della giustizia penale. Quando il codice di una Nazione trovasi sommerso fra una selva selvaggia irta e forte di leggi speciali (scrisse non ha guari Corne nel suo aureo libro sulla riforma penale) il codice punitivo *regna ma non governa.* Sentenza elegante non meno che vera. Inoltre basti qui ricordare come le regole a questo luogo esposte intorno alla pena, ugualmente che tutte le altre relative alla imputazione ed al procedimento, valgono indistintamente e perpetuamente per ogni e qualunque delitto. Un tempo regnò fatalmente la dottrina dei *delitti eccettuati,* e fu dottrina vastissima e ferace di sanguinosissimi effetti vedasi Brehm *de delictis exceptis, Lipsiae* 1788. Ma la civiltà odierna più non tollera la parola *eccezione* nel giure penale. *Eccezione* significa *deviamento dalle regole assolute di giustizia:* e questo è tale concetto che non può rendersi accettabile per nessuno argomento di supposta utilità, o di vedute politiche o di odio speciale contro certi reati. Ciò che è giusto deve osservarsi nei piccoli falli come nei grandi senza defletterne mai: ed era poi il massimo degli assurdi deflettere, quando trattavasi d' irrogare gravi supplizi, da quei precetti che religiosamente si osservavano dove trattavasi di più leggieri gastighi.

Digitized by Google

Articolo I.

Condizioni *della pena derivanti dal suo principio* positivo.

§. 639.

In questa prima categoria si richiamano tutte quelle condizioni che tengono alla *efficacia* della punizione. Affinchè la pena risponda alla legge dell' ordine, che la vuole come mezzo di proteggere i diritti umani, deve essere *sentita* dal reo che ne è colpito, e *sentita moralmente* dagli altri cittadini. In lei devono essere pertanto sotto questo rapporto, le condizioni seguenti:

§. 640.

1.° Deve essere *afflittiva* del reo, o *fisicamente*, o almeno *moralmente*. Fu un' aberrazione supporre, come taluno fece, che il bisogno della pena fosse soddisfatto quando si potesse persuadere gli altri che il delinquente soffre, benchè in realtà nulla soffrisse. Ove pure siffatta pena ideale fosse bastante tutela del diritto rispetto agli altri, non lo sarebbe rispetto al reo che ne riderebbe.

§. 641.

2.° Deve essere *esemplare;* tale cioè che generi nei cittadini la *persuasione* che il reo ha patito un

Digitized by Google

male. La mancanza del primo requisito fa cessare la efficacia della pena rispetto al reo: la mancanza di questo secondo la fa cessare rispetto a tutti gli altri; e così nei buoni come nei malvagi per diversa cagione. Ma la *esemplarità* che richiedesi nella pena non deve guardarsi come un fine precipuo a cui debba essa servire (vedasi Puttmann *opusc. crim. pag. 265, §. etsi autem ad pag. 270; dissert. de poenis exemplaribus, Lipsiae 1787*): ciò condurrebbe alla falsa dottrina della intimidazione. Deve piuttosto intendersi come una condizione *esteriore* della pena nella sua irrogazione. Mai deve spingersi all' effetto di aggiungere alla pena tormenti oltre la sua giusta misura sotto il pretesto di renderla più esemplare. La esemplarità, in una parola, è un risultato che si deve ottenere dalla punizione, senza che per ottenerlo se ne alteri la misura oltre il rapporto (§. 648) della giustizia.

§ 642.

3.° Deve essere *certa;* o così *irredimibile.* La forza morale oggettiva della pena sta più in ragione della sua *certezza,* che della sua *severità;* ossia questa senza quella è elusoria. La *certezza* di che qui si parla non è quella di *fatto* che emerge dall' aumentata probabilità di scoprire i delitti; lo che attiene agli ordinamenti procedurali, e di polizia giudiciaria. Ma è invece la certezza *legale:* cioè che la legge non ammetta mezzi di evadere la pena quando è incorsa ed è riconosciuta la delinquenza. In tal senso osta a questa condizione il principio che vorrebbe insinuarsi dalla dottrina *correzionalista,*

Digitized by Google

insegnando che la pena deve cessare contro il reo quando dimostri di essersi emendato (1).

(1) Vedasi il mio discorso sulla *emenda del reo* negli *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 5, e i §. 1026 e 1027 di questo *Programma.*

§. 643.

4.° Deve essere *pronta:* perchè nell' intervallo fra il delitto e la punizione, la forza morale oggettiva del delitto continua ad esercitare i funesti suoi effetti, i quali vengono conseguentemente ad essere tanto più perniciosi quanto più sono prolungati.

§. 644.

5.° Deve essere *pubblica.* La pena irrogata *in segreto* sarebbe logica se il suo principio emanasse dalla *vendetta,* dalla *espiazione,* o dalla *riforma.* Ma unificato il suo principio nel bisogno di completare la legge dell' ordine, ogni pena segreta è un abuso *illegittimo* di forza (1).

(1) Anche gli antichi sentirono il bisogno che si rendessero quanto meglio si poteva *notorie* ai cittadini le punizioni irrogate ai delitti: Langlaeus *semestrium lib.* 11, *cap.* 1, *pag.* 672. Ma non avvi pensiero, per quanto giusto ed utile, che non possa trasmodare nei moti dati dall' uomo al suo svolgimento: e così trasmodò il principio santissimo della pubblicità della pena quando suggerì ai legislatori di servirsi del *corpo* del delinquente come *strumento* di tale pubblicità mediante le gogne ed altri simili ritrovati avvilitivi della dignità umana e necessariamente demoralizzatori. Bene scrisse Winsinger *(de dolo et culpa pag.* 88) che la vecchia

Digitized by Google

sentenza del poeta *decipimur specie recti* cede spessissimo nella vita pratica una dolorosa priorità all' altra sentenza *decipimur specie utilis.* Un illustre criminalista, del quale riverisco l' alta sapienza, ha detto non ha guari che l' uomo spesso s' inganna nella percezione del *giusto,* ma raramente s' inganna nella percezione dell' *utile.* A me sembra che praticamente sia l' opposto, e trovo la somma ragione dell' opposto nella stessa natura delle cose; perchè dei *giusti* non ve ne può essere che *uno,* mentre degli *utili* ve ne possono essere moltissimi, secondo i proteiformi aspetti di un fatto: che se l' uomo s' inganna sovente sul *giusto* ciò avviene precisamente perchè troppe volte misura il *giusto* dall' *utile.*

§. 645.

6.° Deve essere irrogata in guisa che *non* divenga *pervertitrice* del reo — Noi non riconosciamo come *fine proprio* della pena la riforma morale del colpevole, se non in quanto dal suo essere di *pena* nasce lo infrenamento delle malvagie passioni. Lodiamo quanto può farsi dai provvidi governi onde profittare della penalità per ricondurre alla moralità i cittadini traviati. Ma altro è dire che debba *profittarsi di un fatto* per raggiungere un *fine ulteriore;* altro è dire che cotesto fine sia una *ragione* od una *causa* del fatto. Altro è ciò che spetta al *buon governo;* altro ciò che spetta al *magistero punitivo.* Questo deve correre per la sua via ai fini suoi proprii: quello deve profittare di ogni occasione per educare il popolo al bene; ma con ciò non deve intralciare il movimento dell' altro. La troppa tenerezza della *riforma* del condannato, se si compenetra col giure penale, porta ad ammollire la sua *inflessibilità,* ed a far vacillare la idea della *irredi-*

Digitized by Google

mibilità della colpa con grave pericolo della società. Ma se nella correzione interna del reo (che lodiamo come opera santa di buon governo) noi non ravvisiamo un *fine proprio* (1) della pena, rigettiamo però ogni modo di punizione che avvilisce o corrompe il condannato, o gli rende più difficile il ritorno sul buon sentiero. Quindi anatemizziamo la carcerazione *promiscua* come indubitato fonte di demoralizzazione. E tanto la anatemizziamo che (notisi bene) non solo la vorremmo bandita da ogni Stato civile come *dannosa;* ma benanche come radicalmente *ingiusta.* Fra i diritti del delinquente vi è pur quello che la autorità sociale non lo costringa ad una situazione che lo induca nella necessità di corrompersi più che corrotto non sia: è questa la situazione nella quale l' autorità pone il delinquente quando lo getta nella sentina della carcere promiscua. E poichè il fondamento del magistero penale è la *tutela giuridica* intesa in un senso *universale,* deve il magistero punitivo (se non vuole porsi sotto i piedi il fondamento primario della sua legittimità) tutelare anche i *diritti* del delinquente; e fra questi quello importantissimo di non vedersi impedita la emenda, e peggio ancora di vedersi spinto più oltre nella via della perdizione.

(1) Io so bene che questi pensieri vanno a ritroso della corrente del secolo. Cresce ogni giorno nei criminalisti moderni l' entusiasmo per la dottrina della *emenda del reo.* Nel momento attuale poco vi vuole a scorgere che questo è il punto culminante che richiama le meditazioni del giurista. La onda del secolo muovesi in questo senso come marea che monta. Se le nuove tendenze poggiano al vero, trattasi

Digitized by Google

di ricostruire tutta la scienza penale. Destriveaux nel Belgio sostenne che l' unico fondamento giuridico della pena è la correzione del colpevole. Mazzoleni in Italia pone questo pensiero come base dei suoi *nuovi principj di diritto penale*, insegnando che la società *non ha diritto a punire il reo*, ma soltanto *a costringerlo ad emendarsi*. Henke proscrive la *detenzione perpetua*, perchè il *reo emendato non si deve punire più oltre*; e il codice di Bolivia (art. 142 e segg.) adotta questa teoria. Pinheiro, Marquet-Vasselot, Roeder, ed altri proclamano il domma che *la correzione del colpevole* deve *far cessare la pena*: e il nuovo codice penale pel regno di Portogallo sembra ispirarsi a coteste idee. Idee tutte eccitate da un sentimento lodevole: ma io vorrei che non fossero pericolose se invadono il magistero penale.

Siffatta dottrina non è che una trasformazione del domma religioso. Ma fu sempre arrisicato per gli uomini lo imitare la divinità. Gli avi nostri si arrogarono l' esercizio della giustizia di Dio: e nacque il sistema della espiazione. Oggi si vuole esercitare il perdono di Dio, e si riduce a sistema il diritto di punire per correzione. Non si vuol mai restringere l' autorità nei confini della *difesa* giuridica.

Come solo può misurare la giusta espiazione, così Dio solo può congiungere la giustizia e la misericordia, e per un atto di pentimento sincero cancellare una serie di scelleraggini. Questa è fede cristiana; fede necessaria all' ordine morale, e quasi dirò necessaria alla vita. Perchè l' uomo così proclive a cadere, non potrebbe, caduto una volta, aver più quiete nell' anima senza questo dilemma; o rinnegare la credenza della vita futura, e correre ciecamente nel sentiero del male; o confidare nel perdono di Dio, e correggersi per meritarlo. Ma questa è legge divina: perchè Dio discerne con la sua onniveggenza il pentimento sincero dalla ipocrita apparenza: mentre l' uomo confonde spesso un Agostino con un Ciappelletto. La *irredimibilità* della colpa repugnava bene alla legge divina: che d' altronde non accetta come mezzo

Digitized by Google

di lavacro un pentimento ispirato dal *desiderio di migliorare la nostra sorte terrena,* o dai tormenti del carcere, e dalla speranza di farli cessare col mostrarsi pentito. Ma la legge umana non può avere forza pratica frenatrice, se non si afferra tenace al principio della irredimibilità. Resa incerta cotesta, la legge è fatta gioco di artificiose speculazioni. Guai se la protezione dei rei si spinge al segno da far vedere nel delitto un mezzo di vincere l' avversità della fortuna!

Io non osteggio il sistema penitenziario. Calunnierebbe le mie intenzioni chi ciò mi apponesse. Io lo encomio perchè toglie alla pena della *detenzione* la brutta macchia di essere, come lo fu pur troppo per tanti secoli, istrumento di corruzione, scuola di mal costume, occasione di perniciose alleanze.

Io lo encomio perchè è dovere di ogni governo, e dirò di ogni cittadino, di promuovere la moralizzazione del popolo. Ma l' uomo si deve correggere col purificarne il cuore dagli affetti terreni; col sollevarne i pensieri a Dio; e facendolo rassegnato ai patimenti di quaggiù assuefarlo a guardare in questi un titolo di anticipata espiazione. Non si deve correggere col promettergli beni caduchi, o esenzione dai meritati castighi; e molto meno si deve preferire la sua emenda apparente, al reale pericolo della società.

La pena non può essere che una pena. Mite sì: giusta: ma adeguata *al passato;* e inamovibile per variare di fatti posteriori. La scienza penale non può cambiare la sua divisa; nè correndo dietro a seducenti illusioni, intramettere la protezione dei buoni per la manìa di educare i malvagi. Lo spettacolo di un delinquente corretto è edificante, è utilissimo alla pubblica morale: ne convengo. E perciò abomino ed osteggio la pena di morte: perchè fermamente credo nella forza moralizzatrice dello spettacolo di un delinquente corretto; e niente credo a quella che con audace cinismo udii chiamare *forza moralizzatrice* dello spettacolo di un capo mozzo mostrato al popolo. In questo spettacolo da Circo io veggo invece tutti gli *embrioni* della depravazione del popolo. Ma un delinquente corretto a prezzo dello alleggerimento della

Digitized by Google

pena meritata è un eccitamento a delinquere; è uno scandalo politico.

Io considero dunque la riforma del reo utilissima cosa, da procacciarsi con ogni studio, ma fuori affatto del cerchio del magistero penale. Lo immischiarvela (oltre ciò che è *effetto naturale* della pena) pare alla mia mente una contradizione. ***Punire*** vuol dire recare un ***male***. ***Emendare, istruire, educare*** vuol dire recare un ***bene*** grandissimo. Due forze distinte debbono all' aspetto di un delitto mettersi in movimento ed agire contemporanee sul delinquente. Forze diverse nel punto di loro partenza, e nella meta a cui tendono. La prima guarda il ***delitto***, e vi scorge un disordine; e lo vuole inesorabilmente punito per ristabilire l' ordine che quel fatto ha turbato. La seconda guarda il ***delinquente***, e vi scorge una creatura di Dio, traviata dal buon sentiero, e vuole ricondurvela. La prima si ispira al sentimento del pericolo sociale, ed alla reverenza del giusto. La seconda si infiamma alle aspirazioni della carità verso i nostri simili. La società deve provvedere acciò queste due forze si svolgano ciascuna nella sua sfera di azione, senza urtarsi ed elidersi. Ma stringerle in una teoria; unificarle nel principio e nel fine: e porre in ambedue l' anima del magistero penale, come vorrebbe la nuova dottrina ***correzionalista***, pare alla mia tenuità repugnante.

Articolo II.

Condizioni *della pena derivanti dal suo* limite.

§. 646.

Dallo essere, per l' eterno precetto della legge di natura, subordinato il principio *positivo* della tutela del diritto al criterio *negativo* o *limitativo* della giustizia, ne scaturisce spontanea la necessità di esigere nella pena le *condizioni* seguenti:

Digitized by Google

1.° Non deve essere *illegale:* cioè, non si irroga legittimamente se prima la legge non l' ha minacciata. Deve essere la legge, non l' uomo, che punisce. Vedasi la dottissima dissertazione di K o n i g s w a r t e r *nullum delictum nulla poena sine praevia lege pœnali, Amstelodami 1835.*

§. 647.

2.° La pena non deve essere *aberrante.* La *personalità* della pena ne è condizione assoluta. Non vi è pretesto di utilità, e nemmeno ragione di difesa, che legittimi un male irrogato sotto sembianza di giustizia ad un innocente (1).

(1) Singolare fu il pensiero di P l a t o n e circa la eredità della pena. In principio ammise che i figli niente dovessero soffrire pei delitti dei genitori. Ma suppose il caso che il padre, l' avo ed il bisavolo fossero stati condannati a morte, ed allora propose che i discendenti dovessero cacciarsi dallo Stato come appartenenti ad una razza incorreggibile. Questo torto pensiero si accarezzò anche contro i discendenti di prima generazione, dagli Imperatori Romani nei delitti di lesa maestà: ma fu guerra di partito, e fu timore e vendetta quello che ispirò i dettati Imperiali, e non sentimento di giustizia. Negli antichi tempi eravi maggiore moralità e maggiore fermezza nelle convinzioni politiche, e i figli dei Repubblicani dovevano perseguitarsi e disperdersi per sicurezza del trono nella certezza che sarebbero stati a quello tanto più ostili quanto più irritati per la pena inflitta ai genitori. Oggidì invece di confiscare si danno ai figli dei Repubblicani croci ed impieghi; e lo effetto è più sicuro. Per questo principio è importante distinguere nelle condanne *pecuniarie* ciò che si infligge in ragione di *vera pena,* e ciò che si infligge a titolo di *in-*

Digitized by Google

dennità. L' obbligo delle *indennità* passava a carico degli eredi anche nel prisco giure Romano: Wernher *commentat. ad digesta, pars prior, pag.* 373, §. 11. Ma è barbara ed iniqua la velleità di alcuni legislatori contemporanei i quali pretenderebbero di far passare la pena agli eredi del colpevole sotto il pretesto che trattisi di pena *pecuniaria.* A me accadde di dovere seriamente combattere questo rigore in un' aula legislativa. Pare impossibile che nel presente secolo lo zelo per la finanza acciechi tanto lo intelletto di certuni!

§. 648.

3.° Non deve essere *eccessiva* (1) cioè non deve esuberare la proporzione col male del delitto: ogni patimento che si irroghi al colpevole oltre il principio della *pena,* cioè di dare una sanzione al precetto proporzionalmente alla sua importanza giuridica; ed oltre al bisogno della *difesa,* cioè di elidere la forza morale oggettiva del delitto; è un abuso di forza, è una crudeltà illegittima. La *eccessività* della pena è viziosa anche sotto il rispetto politico, sì per l' influsso che esercita sui costumi; sì perchè eccita la pubblica antipatia; e per le dannosissime conseguenze di questa. La legge è difficilmente obbedita quando non ha seco la simpatia delle coscienze. La pietà (2) opera il fenomeno che i buoni si uniscono coi malvagi ad eludere la giustizia; ed il suo trono è minato. Questa considerazione *politica* è per altro un di più. Poichè a proscrivere la *eccessività* delle pene, basta la sola ragione di giustizia, prescindendo da qualunque empirica considerazione.

Digitized by Google

(1) La formula *pena eccessiva* offre un duplice punto di vista: nell' uno dei quali il precetto che vieta la eccessività delle pene si detta al legislatore dalla scienza per un sommo principio di giustizia; ed è questo principalmente il senso nel quale procede la regola insegnata al presente luogo: nell' altro punto di vista il precetto della *non eccessività* si detta al giudice; e fu in questo senso che si guardò la regola dai vecchi criminalisti, i quali (non escluso Coccejo *de excessu poenarum ordinariarum, exercit.* 90) confusamente trattarono dei vincoli da imporsi al legislatore, e di quelli da imporsi al giudice; nè seppero distinguere ciò che spettava al grado, da ciò che spettava alla quantità; nè ciò che spettava alla pena da ciò che spettava alla imputazione. La pena può nuovamente divenire *eccessiva* in mano del giudice per doppio modo: o perchè esso applichi una pena superiore a quella che la legge permetteva a lui di irrogare; e qui egli cade in un palpabile *abuso di potere:* o perchè mentre la legge dava a lui uno spazio alla scelta, egli non abbia scelto come giustizia avrebbe voluto; e qui cade in un semplice *difetto di prudenza* giudiciaria. Questa ultima differenza è notabile per i pratici effetti che possono derivarne in proposito di revisione dei giudicati.

(2) Perchè io non tremi allo spettacolo della pena, perchè io non pianga sulle sofferenze dell' accusato, bisogna che il delitto abbia fatto tremare e piangere l' innocente che ne fu vittima: allora la pietà per l' offeso soffoca la pietà per l' offensore. Questa verità che determina il criterio essenziale necessario ad un fatto perchè possa essere dichiarato delitto, determina per la logica dei correlativi il criterio misuratore della penalità.

§. 649.

4.° Non deve essere *disuguale.* Niente cioè deve guardare alla diversa posizione dei delinquenti,

Digitized by Google

quando questa non altera la quantità del delitto (1). La naturale sproporzione che nelle concrete applicazioni delle penalità incontra la forza *fisica soggettiva* e la forza *fisica oggettiva* di ciascuna pena (come notai al §. 629) fa qui nascere il dubbio interessantissimo se il precetto della *uguaglianza*, imposto dalla scienza come assoluto nella distribuzione delle pene, debba attuarsi con riguardo alla forza *soggettiva* oppure con riguardo alla forza *oggettiva*. Astrattamente esaminato il problema parrebbe che la rigorosa giustizia imponesse la uguaglianza nella forza oggettiva, poichè in questa veramente sta la essenza della *pena*, cioè nel *patimento* effettivamente sofferto dal condannato, anzichè nei *mezzi* adoperati dalla autorità per farlo patire. Ma non è nelle forze umane la potenza di stabilire a priori una commisurazione siffatta e dettarla in una legge. Il legislatore bisogna dunque che si contenti di obbedire al precetto della *uguaglianza* cercando questa nella forza fisica soggettiva delle pene che detta. Soltanto il giudice potrà, nella latitudine che a lui consente la legge, avere un riguardo alla forza oggettiva concreta della pena; e potrà avervi un riguardo il Principe nelle sue grazie.

(1) La *disuguaglianza*, che è vizio intollerabile nella pena, può verificarsi *legislativamente* e *praticamente*. Si verifica *legislativamente* quando è la legge stessa che detta una distinzione nella penalità. Questo vizio risale alle leggi Romane, le quali variavano le pene secondo che esse cadevano *in honestiores*, oppure *in humiliores*; e la sua prima genesi trovasi nel privilegio del *Civis Romanus*. Si mantenne in molti Statuti del medio evo, che variavano la pena dalla

Digitized by Google

corda alla spada, dalla carcere alla multa, secondochè cadeva sui plebei o sopra i nobili. Si verifica *praticamente* quando nel silenzio della legge il giudice proceda nel distribuire la pena sul criterio delle condizioni sociali del colpevole.

§. 650.

5.° Deve essere *divisibile,* ossia frazionabile in guisa da rispondere al diverso grado della imputazione; la quale si modifica col modificarsi delle circostanze che accompagnano ciascuna delinquenza: nel che la opera prudente del magistrato forza è che completi la opera del legislatore.

§. 651.

6.° Deve essere, per quanto si può, *riparabile;* perchè troppo è facile un errore giudiciario (1): e troppo ne sono fatali le conseguenze. La condanna di un innocente è un rovescio di idee: perchè lo strumento della giustizia si converte in un fattore di ingiustizia. Essa è una vera calamità sociale, per lo spavento che genera nei cittadini: maggiore assai di quello che nasca da molti delitti impuniti.

(1) Si sono avuti anche ai tempi nostri esempj dolorosi di innocenti condannati a capitale supplizio. Nella sola Francia è stata riconosciuta la innocenza di *Lesurques, Badger, Ravier, e Loizzerolles* tutti quattro guillottinati. Di *Filippi, e Rosaria Dolce,* ai quali l'arbitrio benefico del tribunale avea commutata la pena di morte nella galera a vita. Di *Renosi* condannato a 20 anni di galera dalle Assise di Corsica il 18

Digitized by Google

novembre 1861 per un omicidio del quale fu poi riconosciuto innocente mercè la sentenza della stessa Corte di Assise del 25 novembre 1862, che dichiarò il solo autore di quell' omicidio essere stato *Simoni,* e condannò questo alla galera, procacciando la liberazione di *Renosi* dopo che aveva patito un anno di pena infamante; e fu sua fortuna. Molti altri condannati a pene temporarie furono anche negli ultimi anni riconosciuti innocenti, come il siciliano *Mangiameli,* che fu condannato nel 1860 a 14 anni di galera per avere ucciso il proprio garzone; ed in galera morì quello infelice dopo 3 anni; ma nel 1871 il garzone che era capricciosamente scomparso e non ucciso, tornò a Buccheri, e il suo ritorno servì a far condannare come falsi i testimoni che avevano procacciato la condanna del misero *Mangiameli,* ma non servì a riparare la vittima di quell' errore della giustizia. Ed in Italia sono celebri quanto onorevoli alla memoria del magnanimo Re Carlo Alberto le lettere patenti con le quali in data 18 luglio 1845 furono riabilitati i fratelli *Don Giulio e Salvatore Tolu* impiccati ingiustamente per grassazione ed omicidio l' anno precedente. Molti altri casi non abbastanza notorii ha raccolto Forlani nel suo pregevole scritto intitolato *variazioni sulla pena di morte.* Vedasi anche il caso riferito nel *Giornale dei Tribunali di Milano Anno* 5, *n.* 3. Tutti questi fatti attengono al presente secolo: e bisogna confessare che se per dieci innocenti riuscì casualmente ottenere la giustificazione, deve essere maggiore il numero di coloro che non ebbero altrettanta fortuna.

Finirò questa trista enumerazione togliendo dal *Corriere di Milano* quanto segue:

« La giustizia umana s' è ancora una volta ingannata, e « il suo errore ha costato la vita di un uomo. Disgraziata- « mente il fatto è avvenuto tra noi.

« Nel 1867 la Corte di Assise di Ravenna condannò ai « lavori forzati per anni 16 certo Giuseppe Bustacchini di « Roncalceci, stato già soldato, ferito a Custoza, decorato della « medaglia al valor militare e provvisto di pensione come

Digitized by Google

« invalido, quale reo convinto di una grassazione avvenuta la « notte del 16 settembre di quell' anno a danno di certi Me- « landri, anch' essi di Roncalceci. Il Bustacchini era d' indole « mite e tranquilla; aveva precedenti ottimi; aveva in suo « favore i diportamenti tenuti mentre era soldato, e la ono- « rificenza acquistata a prezzo del proprio sangue; negava « ostinatamente di aver commesso il reato e offriva di pro- « vare, e provò effettivamente, con testimoni l'*alibi*.

« Nulla gli valse: uno dei tre danneggiati — uno solo — « gli sosteneva in faccia d' averlo riconosciuto nella notte del- « l'aggressione, lo accusò anzi di essere stato il capo della « banda assalitrice; e il povero Bustacchini, fulminato da una « requisitoria, che fu allora detta *splendida*, del Pubblico Mi- « nistero, venne dai giurati riconosciuto colpevole; la Corte « fece il resto. Il Bustacchini ricorse in Cassazione, ma la Su- « prema Magistratura regolatrice, avendo verificato che tutte « le forme erano state scrupolosamente osservate, se ne lavò « le mani, e Bustacchini fu mandato a Finalborgo a trascinarvi « la catena del forzato. Dopo quattro anni di stenti, estenuato « dalla fatica, roso dal crepacuore, spirò, e lasciò nella dispe- « razione due vecchi genitori, che nell' unico figlio avevano « fondato tutte le loro speranze, tutte le loro consolazioni.

« Ed ora la scena cambia. Poco tempo appresso si arre- « stano dei malfattori, si scopre che sono implicati nella « grassazione di Roncalceci, ed essi se ne confessano autori, « e aggiungono anzi che quel tale (non ne sapevano il no- « me) che era stato condannato in vece loro, era innocente, « che il loro capo era stato un certo Lanconelli, che viene « insieme con essi punito.

« Si riassume allora il processo vecchio; ma poichè l' in- « felice Bustacchini era morto, non rimane che istituire il « processo di riabilitazione, e la Corte d' Assise di Bologna, « appositamente delegata dalla Cassazione, con sentenza del- « l' 11 novembre 1873 dichiarò « riabilitata la memoria di « Bustacchini Giuseppe per tutti gli effetti di legge ».

Digitized by Google

« Ecco tutto quello che potè fare per lui la giustizia de-« gli uomini » !

L' illustre Vacca nel *suo discorso inaugurale dell'* 8 gennajo 1874 non esitò a denominare il fatto Bustacchini un *assassinio giudiciario.*

Che se talvolta la provvidenza si degna aprire una via di salute ad un innocente condannato a morte, mediante la casualità di una Cassazione, questo evento non cancella il fatto dal novero degli errori giudiciarj che fanno tremare ogni anima onesta. Fra questi fortunati ricorderò *Nicola Marino.* La Corte di Assise di Santa Maria (Stato napoletano) condannava a morte nel 1872 Nicola Marino dà Marticano. Ottenuta costui per il fortuito di una nullità la cassazione di quella condanna era rinviato alla Corte di Assise di Napoli: ed ivi con sentenza del 1 aprile 1873 veniva riconosciuto innocente ed assoluto sulle istanze dello stesso Regio Procuratore, che concordato lo errore abbandonava l' accusa. Questi esempi divenuti ogni giorno più frequenti per la sempre minorata libertà di difesa dovrebbero fare gelare la parola sul labbro a coloro che hanno la temerità di gridare impossibili gli errori giudiciarii sotto i moderni ordinamenti. Tacerò di *Cappelletti* e di altri molti. Ogni mese può dirsi che si deve piangere su qualche nuovo errore giudiciario. Le ultime lacrime furono versate sulla infelice *Maddalena Guernic* decapitata in Francia varii anni addietro come rea di avere avvelenata la propria sorella, e nel 1875 riconosciuta innocente. E in presenza di questa storia lugubre con qual coraggio potè un Ministro spacciare ad un rispettabile corpo legislativo che le storie del Fornaretto, di Calas, e di Lesurques sono leggende antiche; e che ai nostri tempi gli errori giudiciarii sono *impossibili?* Con qual coraggio? Col coraggio che hanno tutti gli innamorati; e l' amore per il carnefice è un amore come tutti gli altri. Vedasi anche la nota a §. 858.

Digitized by Google

CAPITOLO VI.

Nozioni generali della qualità, quantità, *e* grado *nella pena.*

§. 652.

Abbiamo sin qui contemplato la pena nel suo genere: cioè in quelle condizioni essenziali che debbono, con maggiore o minore prevalenza, essere comuni a tutte le pene. Ma come guardando il delitto nelle sue possibili specialità trovammo (§. 128 e segg.) potervi essere varietà importantissime, di *qualità*, di *quantità*, e di *grado* tra fatto e fatto; così analoghe differenze troviamo adesso tra pena e pena. E come lo studio di queste tre nozioni completò la teoria del delitto; così lo esame della *qualità*, *quantità*, e *grado* nella pena, completa la teorica di questo secondo oggetto del giure penale.

§. 653.

Già notammo (§. 129) che le nozioni di *qualità*, e *quantità*, relative a diverse *specie* del medesimo *genere;* come pure la nozione di *grado*, relativa a diversi *individui* della medesima *specie;* nascono dal non essere fra specie e specie congeneri, nè tra individuo e individuo, perfetta identità. E notammo pure in che consistesse astrattamente la diversificante che si denota col nome di *qualità* (§. 130): in che la diversificante che designa la *quantità* (§. 132): in che consista quella che designa il *gra-*

Digitized by Google

do (§. 138). Familiarizzati ormai con questi termini e con queste idee, non rimane che ad esaminare i diversi criterii coi quali siffatte nozioni si applicano alle pene.

§. 654.

La importanza di queste tre indagini nel delitto nasceva dal principio di giustizia; il quale esige che quando due reati si unifichino nel criterio della qualità, della quantità e del grado, debbano identificarsi nella loro imputazione (§. 145). La relativa importanza in ordine alle pene nasce dallo stesso principio; il quale esige che come alle differenze di qualità, di quantità, o di grado nel delitto risponde una diversità di imputazione, così risponda un' adeguata diversità nella pena. Ma il *grado* della pena richiama inoltre a considerazioni sue proprie, che sono indipendenti dalle diversificanti del delitto, come tra poco mostreremo.

CAPITOLO VII.

Criterio della qualità *nelle pene.*

§. 655.

La definizione della qualità delle pene ha subito una modificazione nella scienza penale moderna per una radicale innovazione che la civiltà ha apportato nel magistero punitivo. Il progresso dei principii liberali hanno renduto oggidì quasi indiscutibile il principio *nullum delictum sine lege* ed il correlativo *nulla poena nisi a lege praescripta.* Ma per parec-

Digitized by Google

chi secoli questa regola non fu assoluta. Ebbero le Repubbliche Greche la distinzione fra delitti *apprezzabili* e *non apprezzabili* (1); che alquanto modificata si riprodusse dalla prisca Roma nella distinzione fra delitti *ordinari* e *straordinari*, e pene *ordinarie* e *straordinarie* (2). La sostanza di queste formule riducevasi ad un solo concetto. Cioè che vi fossero nello Stato dei fatti dannosi e biasimevoli i quali in obbedienza ai costumi potessero dal giudice considerarsi come *delitti* benchè niuna legge speciale li avesse colpiti, ed a questi potesse il giudice applicare una pena quantunque nessuna legge l'avesse specialmente minacciato. In Grecia quando si trattava di pene *apprezzabili* il giudice determinava la pena scegliendo fra il castigo che aveva chiesto l'accusatore e il castigo che alla sua volta doveva proporre l'accusato; ed eragli vietato di infliggere un terzo qualunque modo di pena. In Roma al contrario quando trattavasi di delitti *straordinari* il giudice sceglieva la pena ad arbitrio suo, correndogli soltanto l'obbligo di osservare *l'analogia* con le pene che in casi consimili minacciavano le leggi positive. Un avanzo di queste tradizioni lo abbiamo veduto in Toscana fino ai giorni nostri (1853) nelle pene che si infliggevano in obbedienza alle *osservanze giudiciali*, ossia alla pratica di giudicare: ed era obbligo dei Magistrati di dichiarare se la pena infliggevano in obbedienza ad una legge positiva che la comandasse, oppure in obbedienza allo esempio che i precedenti giudicati avevano dato contro casi analoghi. Che anzi nei popoli più civili la pratica di giudicare modificava anche (purchè sempre in *meno*) le pene minacciate contro certi

Digitized by Google

reati (3) dalla legge scritta. Oggigiorno la codicizzazione ha fatto impallidire le potestà della giurisprudenza: e la dottrina della classazione delle pene, che era un tempo una teorica principalmente scientifica, è divenuta oggi una teorica principalmente legislativa, subordinata però sempre ai precetti della scienza.

(1) Quanto alle pene *apprezzabili* e *non apprezzabili* della Repubblica Ateniese è interessante tutto quello che espone Thonissen *droit pénal de la République Athénienne, Bruxelles,* 1875, *chap.* 2, *pag.* 136 *et suiv.*

(2) I principali esempi dei delitti straordinari in Roma si raccolsero nelle Pandette al titolo *de extraordinariis criminibus,* e si illustrano dal Voet e dagli altri commentatori alle Pandette al *lib.* 47, *tit.* 11. Molti di questi fatti sono divenuti veri delitti *ordinari* nelle leggi moderne; molti altri hanno cessato di essere delitti negli odierni costumi, e se ne consegna la repressione alla opinione pubblica e al magistero di buon governo.

(3) Così (a modo di esempio) gli ordini diversi promulgati in Toscana il 1744 minacciarono contro la ragion fattasi la pena dello *squarto.* Ma la giurisprudenza toscana sempre invocando come punto di partenza l' antica legge, modificata però dalle osservanze giudiciali, era scesa ad irrogare il semplice carcere ed anche la multa. Così le leggi penali tuttora vigenti minacciavano in certi casi la *fustigazione.* Ma nei primordi di questo secolo i Tribunali avevano dichiarato che quella pena repugnava ai moderni costumi: e quindi si era venuti a dire che le osservanze giudiciali l' avevano abrogata; ed infliggevasi invece un esilio temporario o il carcere o la multa. I principii posti in voga dalla rivoluzione francese fanno apparire eccessiva questa larghezza di potestà giudiciaria; ma nei tempi andati essa riuscì a grande benefizio della umanità; e conseguentemente a benefizio ancora della

Digitized by Google

giustizia, perchè mai può essere *giustizia* quella che conculca i precetti della umanità: e il predicato di *umanitarii*, col quale certi fanatici intendono deridere i moderni criminalisti, è invece il più splendido elogio che possa farsi di loro.

§. 656.

Anche nelle *pene* l' esame della *qualità* conduce alla loro *classazione*. Anche nelle pene l' *elemento particolare di rapporto* (§. 147) che costituisce il criterio del loro ordinamento, e che fra loro determina la diversa *qualità*, deve cercarsi nella loro *forza fisica oggettiva*; che è quanto dire nella *diversità del bene* che la società toglie al delinquente al fine di punirlo (1).

Ora volendo ridurre a certe classi prominenti i beni del cui toglimento può la giustizia farsi strumento di punizione, apparisce completa la divisione delle pene in *quattro classi*, secondo che privano il delinquente o del bene della *vita*, o della integrità e libertà delle *membra*, o dell' *onore*, o del *patrimonio pecuniario*. Dalle diversità essenziali di queste quattro specie di beni goduti dall' uomo nasce la diversa *qualità* delle pene; e così la loro distribuzione in quattro grandi classi — *capitali* — *afflittive* — *infamanti* — *pecuniarie*.

(1) Sulla storia delle diverse penalità adoperate dagli antichi dissertarono Tiraquello *semestria lib.* 3, *cap.* 5, *pag.* 213, *Lugduni* 1651 — Marckart *probabilia vol.* 2, *pag.* 19 — Rivinus *diss. de poena gladii apud Romanos, Lipsiae* 1727. E sulle esorbitanti pene minacciate dalla Repubblica di Atene latamente Thonissen *Le droit pénal de la République Athénienne, chap.* 1 *et* 2.

Digitized by Google

§. 657.

Contro siffatta classazione si fece l' obietto di incompletezza, osservando che certe punizioni speciali usate da alcuni legislatori, non vi trovavano sede: a modo di esempio, la interdizione di certi atti (1). Ma è facile riferire cotesti divieti alla classe delle umilianti, o delle pecuniarie, o delle afflittive; secondo che la negazione della facoltà porta solo un discredito al condannato, oppure gli arreca anche un detrimento patrimoniale, od un restringimento di libertà.

(1) Così il Professore Erio Sala (nell' aureo libro testè pubblicato, che ha per titolo *Rinnuovamento dei buoni studi giuridici pag.* 125) opina doversi aggiungere alla scala delle pene anche quella della *pernottazione in carcere* con libertà diurna. Approvo questo pensiero. Ne vidi l' applicazione pratica nel cessato Ducato Lucchese; il quale superava tutti gli altri Stati d' Italia nella microscopica piccolezza, ma li superava eziandio nella bontà delle leggi di procedura penale, come nella libertà delle difese. Io stesso ho veduto individui sottoposti a questa coercizione continuare per anni a partirsi dalle quattro e dalle sei miglia di distanza ogni sera per recarsi alla pernottazione. Questa peraltro era fra noi piuttosto una legge di polizia preventiva che una legge punitiva. Ma quando anche adottando il pensiero del Sala volesse farsene una penalità speciale preordinata nel codice, ciò non altera la nostra classazione, essendo evidente che questa non è altro che una *forma* di detenzione. Anche nelle leggi *sontuarie* si cercarono un tempo elementi di speciale penalità, essendosi queste dettate non sempre nella pura veduta *economica*, ma talvolta eziandio in una veduta *penale:* Klein

Digitized by Google

disputatio de lege vestiaria, disput. 22, *pag.* 1151. Ma anche queste forme di penalità trovano comoda sede nella classe delle *afflittive,* intesa come un complesso di ogni *restrizione di libertà* inflitta al colpevole.

§. 658.

Questa classazione nei rapporti della *scienza* non richiama, se non accessoriamente, all' esame dei *modi pratici* di irrogare coteste diverse pene, ossia alla considerazione della *forza fisica soggettiva.* Il criterio della partizione procede tutto dalla *forza fisica oggettiva* di ciascuna pena. E lo scopo di questa analisi è quello di *definire* le classi, ed esaminare di ciascuna o la *legittimità,* o la *convenienza.*

1.°

Pene capitali.

§. 659.

Pene *capitali* sono quelle che privano il delinquente della *vita* (1).

(1) Nelle leggi Romane non sempre la pena *capitale* esprimeva la perdita della *vita.* Questa denominazione si usò per designare anche la *morte civile (deminutio capitis maxima vel media)* non accompagnata dalla *morte naturale.*

§. 660.

La indagine filosofica sul diritto nella società di spingere la punizione fino a dare morte al colpe-

Digitized by Google

vole, non conducendo a guardare empiricamente la utilità di tal pena, ma a trovare il principio questionato della sua legittimità (1), non può non dipendere dalla soluzione del problema preambulo sulla genesi razionale del diritto di punire.

(1) Singolare è l'antagonismo che trovasi negli scrittori intorno alla ipotesi del *dubbio* sulla legittimità della pena di morte. Campetti, in una dissertazione contro la pena di morte, pubblicata in Lucca nel 1857, concluse che quando fosse *dubbia* la legittimità della pena capitale dovrebbe in faccia a questo dubbio proscriversi. Un mio erudito Collega, dopo avere raccolto con molta diligenza nel suo libro tutto ciò che era stato detto a favore e contro il supplizio capitale, concluse invece che la pena di morte atteso il conflitto delle opinioni sulla sua legittimità dovesse conservarsi. Inattesa conclusione!

§. 661.

Accettando noi, sulle orme del Nicolini, come fondamento di questo diritto la legge di natura (§. 604) ci troviamo alla conseguenza di negare la potestà di uccidere; perchè la legge di natura è legge essenzialmente *conservatrice*. A questo sommo principio si ispira quella legge e vi aderisce costantemente, tranne i casi in cui la conservazione di un essere sia *attualmente incompatibile* con la conservazione di altri esseri uguali: nel qual caso la legge che permette la distruzione, non contraria ma conferma il principio conservatore (1). Ora da cotesto sommo principio sembra a noi doversene dedurre che la legge conservatrice non permetta la distruzione di un uomo, quando la *necessità presente* della difesa degli altri uomini non esige

Digitized by Google

tanto sacrifizio: e così non la permetta neppure come pena della distruzione di un altro essere già consumata, perchè non può dirsi che si uccide l'uccisore per conservare l'ucciso. Condotta la disputa a questo punto, la legittimità della pena di morte non è più oggi sostenibile. Perchè le condizioni *attuali* dei popoli culti non fanno più (nelle delinquenze *ordinarie*, e nei tempi normali degli Stati) della uccisione del nemico sociale una *necessità materiale*. E i termini di una *necessità morale* presente, fondata sulla idea di punir uno per intimorire gli altri e servir loro di esempio (2), possono per il supplizio capitale affermarsi, ma non mai dimostrarsi in modo da non lasciare possibilità in contrario. Nel caso del perduelle la morte che gli s'infligga nella permanenza della guerra civile, non più si giustifica coi precetti del giure penale, ma con quelli dello *jus belli*. Ed anche in questo caso la uccisione del vinto non trova la sua ultima ragione che nei timori del vincitore, e nella coscienza della propria debolezza.

Dopo Beccaria la pena di morte è stata combattuta da Malanima, Brissot, Lucas, Pastoret, Livingston, Carmignani, Ducpètiaux, Puccioni, Perez de Molina (3), Castagna, Mancini, Olivecrona, Ellero, ed altri molti. La sua necessità si è sostenuta fra i moderni da Ulloa, Vanghert, Stubel, Bensa, Silvela, Urtis, Trèbutien, e in generale dai criminalisti francesi. Dal principio che noi opponiamo alla pena di morte è manifesto per chi sappia intenderci che noi non impugnamo la pena di morte in un modo *assoluto*

Digitized by Google

ma soltanto *relativo*. Noi l'ammettiamo come possibilmente legittima secondo la legge di natura quando è *necessaria* alla *conservazione* di altri esseri innocenti; che è quanto dire ammettiamo la sua legittimità per la *necessità della difesa diretta*, la quale dovendo riconoscersi nello individuo non può senza contradizione non riconoscersi nella autorità. Ciò che noi recisamente neghiamo si è la falsa dottrina della *difesa indiretta:* neghiamo cioè che una pena qualsiasi si legittimi per il fine di metter paura ad altri; neghiamo cioè il principio della *intimidazione,* assunta da troppi come ragione giustificatrice della pena: e lo neghiamo per duplice motivo — 1.° Perchè la legge di natura non tollera che l'uomo faccia del corpo dell'altro uomo uno *strumento* ai suoi fini — 2.° Perchè ammesso che il bisogno di *metter paura* agli altri legittimi la pena, viene per necessità logica a legittimarsi la pena inflitta allo innocente. Ora noi ammettiamo che la necessità della difesa *diretta* possa avere esistito in altri tempi e possa esistere anche oggidì in altri luoghi ed in condizioni eccezionali; ma non siamo convinti che oggi appo i popoli culti e bene ordinati esista una tale *necessità:* siamo invece convinti del contrario: e più siamo convinti in faccia alla ragione che non si deve uccidere il colpevole finchè è *dubbioso* il concorso di quella necessità. Ecco il vero nostro concetto. Il principio che senza *necessità di difesa diretta* sia ingiusta la pena di morte, noi lo teniamo per *assoluto*. L'applicazione del principio ed il giudizio del concorso o non concorso di *tale necessità* è una questione in sè stessa *relativa* sempre e dipendente da *esteriorità*. Si dimostri (se

Digitized by Google

lo si può oggidì) quella *necessità diretta* prescindendo dal mettere innanzi il fantasma antigiuridico della *intimidazione altrui:* senza ciò la pena di morte è illegittima. Nè parlisi delle considerazioni di *utilità* poste innanzi da molti in questo problema; perchè assolutamente non può riconoscersi nella *utilità* un fondamento di diritto (4).

(1) Questa sostanziale differenza che non si vuol capire o che maliziosamente si maschera dai sostenitori del carnefice fu il supremo principio regolatore del governo Repubblicano della antica Roma. La differenza che corre fra le ragioni che permettono la strage di un uomo *jure bellico* pei bisogni della difesa *diretta,* e le ragioni che la interdicono quando si vuole consumare *jure judiciali* col pretesto della difesa *indiretta,* si dimentica o si maschera da coloro che oggi volendo conservata come pena *ordinaria* in un Codice per certi delitti comuni la morte non cessano di recare innanzi le paure del brigantaggio organizzato, delle guerre civili, e simili. La sapienza Romana non si arrestò a tali scambi quando nei primi anni della Repubblica sanzionò senza paura la legge Valeria e la legge Porcia, le quali in modo assoluto interdicevano ai giudici di condannare a morte un cittadino Romano. Di queste leggi lasciò scritto Sallustio *de bello Catilin. cap.* 50. — *Postquam Respublica adolevit, et multitudine Civium factiones valuerunt, circumveniri innocentes, aliaque hujusmodi fieri coeperunt, tunc lex Porcia, aliaeque leges paratae sunt, quibus legibus exilium damnatis permissum est.* Da questo frammento io congetturo che quelle leggi avessero occasione da notabili e paurosi *errori giudiciarii* avvenuti in Roma con allarme del popolo. Così l' argomento della *irreparabilità,* che anche oggi non si può dagli antiabolizionisti combattere tranne con arcadiche menzogne smentite dai fatti giornalieri, sarebbe quello che avrebbe fatto trionfare la abolizione Romana. E sembra ancora che

Digitized by Google

il rimedio Romano non si esprimesse con una abolizione diretta (la quale forse repugnava al formulismo di quei tempi), ma col dare ai condannati libera facoltà di sottrarsi alla pena eleggendo lo esilio, del che aveva d' altronde quella Republica un esempio nelle leggi ateniesi. Così troviamo in Cicerone *pro Cecina* — *Exilium non supplicium est sed perfugium portusque supplicii. Itaque nulla in lege nostra reperietur, ut apud ceteras civitates, maleficium ullum exilio esse mulctatum: sed cum homines vincula, neces, ignominiasque vitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exilium; qui si in civitate legis vim subire vellent, non prius civitatem quam vitam admitterent; quia nolunt, non adimitur his civitas, sed ab ipsis relinquitur, atque deponitur* — E nella orazione *pro domo sua* — *Qui erant rerum capitalium damnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam erant in eam recepti: quo vertendi, hoc est mutandi soli caussa venerant; id autem ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti, et aquae, et ignis interdictione faciebant.* E queste leggi anzichè condurre la società Romana alla dissoluzione la sollevarono a quella altezza che tutti conosciamo, e dalla quale rovinò sotto l' Impero circondato da migliaja di carnefici. Laonde a ragione lo stesso Cicerone *pro Rabirio* si mostrava orgoglioso di queste leggi, scrivendo — *Ista laus primum est majorum nostrorum, Quirites, qui expulsis Regibus nullum in libero populo vestigium crudelitatis regiae retinuerunt; deinde multorum virorum fortium, qui vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt.* Così Milone malgrado l' impeto del partito contrario non subiva la morte per l' aggressione micidiale di Clodio ma si ritraeva nel bando a Marsilia. Al tempo stesso però contro i perduelli e contro i briganti, i quali non erano a *punirsi* per uccisioni commesse, ma a *temersi* per uccisioni imminenti, la sapienza Romana, senza insanguinare la toga dei magistrati, provvedeva col potere esecutivo, e con Decreti eccezionali e transitori. Alla legge

Digitized by Google

Porcia si derogava *quodammodo jure belli* in virtù dei poteri eccezionali che il Senato in occasioni calamitose concedeva ai Consoli con la celebre formula *Consules provideant ne quid Respublica detrimenti capiat.* In vigore di simile Senato Consulto furono uccisi Saturnino ed i Gracchi ed i complici di Catilina; e sembra ancora che in siffatto modo si desse legittimità alle proscrizioni di Silla e dei Triumviri; come elegantemente scrisse Gaetano Monti nei suoi *Opuscoli pag.* 30, *Bologna* 1830. Queste uccisioni si facevano *jure bellico,* non *judiciali, quasi in hostes devictos, ac* MILITARI MANU *perpetratae sunt.* Vedasi Scipione Gentile *de lege Porcia.* Cosicchè il Carnefice mai sparse il sangue di un cittadino della libera Roma. E queste leggi durarono secoli, e furono da Tito Livio chiamate *arces libertatis.* È parimente un fantasma col quale si vuole spingere l'abolizionismo alla utopia l'obietto che abolita la pena di morte dal Codice comune sia necessità abolirla anche dalle *leggi militari.* Ma qui pure ricorre la distinzione fra lo *jus bellicum* e lo *jus judicialis.* Nei più gravi delitti militari vi è bisogno della difesa *diretta,* e con questo è detto tutto. E di nuovo siamo precorsi dalla sapienza Romana: poichè è certo che malgrado la legge Porcia perseverò in Roma l'uso di decimare le legioni e le Coorti, e di battere con verghe il militare che abbandonava le scolte. Cicerone nella terza Filippica dice delle legioni che disertarono Antonio *fustuarium merituras fuisse.* E sappiamo che *fustuarium* era il nome dato al supplizio di morte irrogato ai soldati col mezzo del bastone. Ed era quel Cicerone che abbiamo veduto entusiasta per la abolizione mantenuta in Roma; e la gettava in faccia ai popoli circonvicini come segno di prevalente civiltà. Eppure nessuno si attentò di accusare Cicerone di essersi contradetto, come si è osato di fare a me perchè ammetto la morte come pena militare nei casi supremi e la respingo nel Codice comune. Quante minori declamazioni e sofismi si udirebbero nelle concioni legislative se si studiassero i libri antichi, e i precetti della logica.

Digitized by Google

(2) La negazione della esemplarità della pena di morte non è pensiero moderno. Sono giunte fino a noi le memorabili parole di Ovidio Cassio — *Majus exemplum esse viventis miserabiliter criminosi, quam occisi.*

(3) Molto diffusamente nel libro intitolato *la sociedad y el patibulo, Madrid* 1854. Vedasi il recente scritto di Mittermaier su questo argomento, intitolato *la pena di morte considerata nella scienza, nell' esperienza e nelle legislazioni:* la cui traduzione fu pubblicata a mia cura coi tipi Cheli in Lucca 1864. Vedasi anche Desportes *Réforme des prisons pag.* 11 *(Paris* 1862) ove riproduce una lettera di Sant' Agostino contro la pena di morte: e lo eccellente scritto di Desprez *De la peine de mort, Paris* 1870; e la dissertazione di Fulvio inserita nel *Giurista,* di Napoli *anno VI, n.* 42, *pag.* 239, *e n.* 54, *pag.* 425; e i due volumi pubblicati in Torino nel 1865 sotto il titolo *La pena di morte al Parlamento Italiano,* ove si trova raccolto quanto fu detto in uno od in altro senso in quella solenne discussione. Vedasi ancora Geyer *discorso sulla pena di morte, Lucca* 1869 — Rolin *dissertazione contro la pena di morte, Lucca* 1871 — Lucas *la pena di morte e la unificazione penale in Italia, Lucca* 1874 — Weber *conferenza contro la pena di morte, Lucca* 1874: opuscoli dei quali fu da me procurata la traduzione italiana e la pubblicazione a mie spese. Vedasi anche Glaser *opuscoli vol.* 1, *opusc.* 8, *pag.* 177, il quale è abolizionista ma (secondo la formula *dilatoria* ed *evasiva* novellamente introdotta) è abolizionista progressivo. Su questa formula io osservo una cosa sola, ed è che la medesima può prendersi come sincera sul labbro di coloro che vogliono *mantenere* la pena di morte *dove è;* ma sarebbe una derisione ipocrita sul labbro di coloro che vogliono riportare il carnefice in quei paesi dove era già da parecchi anni utilmente sbandito. Interessante è il libro di Dymond *personal recollections of death penalty, London* 1865; interessante io lo dico per i molti e lacrimevoli casi che egli ricorda con auten-

Digitized by Google

tiche prove di innocenti condannati a morte in Inghilterra in questi ultimi tempi.

(4) Taluno, calcando le orme insidiose del Filangieri, obiettò che come per legge naturale tutti i diritti *originarii*, o *connati*, sono inalienabili, così tanto urtava nella legge naturale la pena di morte, quanto tutte le pene afflittive. Ma fra caso e caso vi è differenza. I diritti originarii dell' uomo sono inalienabili finchè la loro distrazione faccia venir meno la personalità umana. Quindi se non possono alienarsi in modo *assoluto*, può però distrarsene una parte ove il diritto ne sia suscettibile: Zeiller *jus naturae* §. 49 — Haus *doctrina juris philosophica* §. 71, 73. Così non può alienarsi la libertà, perchè ciò ridurrebbe l' uomo a cessare di esser uomo, spogliandolo di un attributo indispensabile alla sua personalità. Ma può alienarsene una parte: e tutta la teoria della efficacia delle obbligazioni personali nel diritto naturale è fondata su questo principio; che appunto l' uomo vincolandosi con una obbligazione verso l' altro uomo trasferisce in questo la relativa porzione della sua libertà. Ora ciò che l' uomo può fare col *patto*, lo può fare col *fatto*: ciò che per la legge si ammette come conseguenza di una esplicita convenzione, può essere conseguenza di un fatto che per legge porti al medesimo effetto. Sono validi per legge naturale i voti monastici, il matrimonio, e simili. Così non repugna alla legge naturale che un uomo col violare la legge del diritto si astringa a perdere, anche per tutta la vita, una porzione della sua libertà; perchè con ciò non cessa di essere *persona*. Ma repugna alla legge naturale che volontariamente tolga a sè la vita; o si obblighi sì espressamente che tacitamente a perderla; perchè con ciò distrugge la sua personalità, non essendo possibile che la vita in parte si ritenga e si alieni in parte. Ecco perchè io dico (§. 661) che alla legge naturale repugna la pena di morte, e non repugnano le pene afflittive. Il rimprovero di *controprovare*, che si è voluto fare al mio ragionamento, accusandolo di distruggere tutte le penalità, è un sofisma artificioso che non ha base. Perchè con

Digitized by Google

le pene afflittive l' uomo non si fa cessare di essere persona, come avverrebbe se si rendesse schiavo, e così distruggibile a talento del padrone. La pena afflittiva restringe la libertà e impedisce certi atti. Ma la libertà resta nel condannato come diritto formale, quantunque limitata nell' obietto; e l' attua, salva la restrizione che ha incorso col violare la legge. Egli conserva la libertà di coscienza, la libera manifestazione dei suoi pensieri, la libertà dei suoi moti entro la cella. In una parola è sempre uomo, nè la sua personalità è cessata. Tanto è vero che può nuovamente delinquere. Tutta questa teoria dipende da un sommo principio. Decidere se l' uomo ha un *fine* nella vita, e *quale*. Chi neghi questo fine, o (come Spinosa) trovi il fine della vita nella felicità materiale, condotto per tal guisa a materializzare il bene morale, cade nella perniciosa dottrina della *utilità*. È facile allora nella *conservazione* della cosa pubblica trovare un pretesto di fare il passo ulteriore, e stabilire che la felicità dei più debba preferirsi alla felicità dell' uno: donde scaturisce il fatale *salus publica suprema lex esto*. Ma è egualmente facile l' altro passo che porta a concedere all' uomo infelice la facoltà di disporre della propria vita. Se però il fine dell' uomo si riconosce nel suo indefinito perfezionamento, questo fine *assoluto*, per il quale l' ordine particolare imposto ad ogni umano individuo dalla legge di sua natura si concatena coll' ordine universale, porta necessariamente a negare all' uomo la disponibilità di quei diritti che sono indispensabili alla sua personalità. Se la legge eterna ha detto all' uomo — tu non puoi volontariamente cessare di essere persona — questa stessa legge, per essere logica, deve aver detto alla società (che altro non è se non uno strumento coordinato alla tutela della legge giuridica) — tu non potrai, per qualunque suo fatto, sottoporre l' uomo ad una pena, che distrugga la sua personalità: tu non puoi ridurre l' uomo alla condizione di cosa. O bisogna negare una legge morale, assoluta, immutabile, che dal momento della sua creazione sovrasti alla umanità (legge che non fu negata neppure dai pagani, seb-

Digitized by Google

bene la intendessero a modo loro) o ammessa una suprema legge morale, bisogna dedurne una suprema legge giuridica: e di qui la inalienabilità per fatto nostro, e la indistruttibilità per fatto altrui, della umana personalità. Se si ammettesse nella mente del Creatore il concetto dalla libera distruttibilità della propria vita nell' uomo, si supporrebbe un concetto contraddittorio. Creazione di una mano di esseri destinati ad un fine, e facoltà in tutti codesti esseri di distruggersi e così rendere impossibile quel fine deludendo i disegni provvidenziali, implica contradizione. Ciò che è vero quando si tratta di distruggere la *felicità* diventa un sofisma quando si tratta di distruggere la *personalità* umana.

§. 662.

Ove sia ammessa la pena di morte; tre regole dominano la sua applicazione — 1.° che essa deve serbarsi unicamente a quei delitti che sono allo estremo apice della scala criminosa — 2.° che deve essere inflitta in quel modo che *meno faccia soffrire* il paziente: lo che richiama ad una questione *fisiologica*, che ai dì nostri si è acerbamente combattuta fra i maestri dell' arte medica sostenendo gli uni che soffra meno il decapitato, altri che soffre meno lo appiccato. Io non dico motto su questa polemica, perchè profano alla relativa scienza, e perchè non vorrei nè appiccati nè decapitati — 3.° che non sia irrogata alla presenza del popolo, perchè l' aspetto del sangue inferocisce gli animi: al principio della *pubblicità* può supplirsi con la *notorietà*, senza chiamare il popolo allo spettacolo del macello umano. Gli antichi non si contentarono di uccidere il reo: vollero anche martorizzarlo. Non avrebbe fine la descrizione dei diversi modi (1) inventati per que-

Digitized by Google

sto supplizio: frutto dell'errato pensiero che lo scopo della pena fosse la intimidazione (2), e che i popoli si dovessero guidare col terrore.

(1) In Francia per esempio si ebbero cinque modi diversi di uccidere il condannato — 1.° Il *fuoco* per la lesa maestà divina — 2.° Lo *squarcio* a quattro cavalli per certi casi di lesa maestà umana. — 3.° La *decollazione* pei delitti comuni se il condannato era nobile. — 4.° La *forca* se era plebeo. — 5.° La *ruota* pei furti violenti alla strada pubblica. Vedasi la erudita dissertazione di Val Hasselt *de carnifice, Trajecti ad Rhenum* 1773 — Decamps *la place de la Roquette ; Revue de deux Mondes vol.* 85, *pag.* 182: — V. Fous *Notes sur les gages de l' esécuteur de la haute justice a Toulouse, avant* 1790; *dans les Annales de l' Académie de législation de Toulouse* 1874, *vol. XXIII, pag.* 139: e quanto alla origine del supplizio della ruota tanto esteso negli ultimi secoli è a vedersi Langlaeus *semestrium lib.* 10, *cap.* 3. Per le leggi Ebraiche gli esecutori delle sentenze capitali dovevano essere testimoni che avevano verificato il delitto. O la condanna fosse alla lapidazione, o al piombo liquefatto, o allo strangolamento (lo che variava secondo la specie del delitto) sempre dovevano i testimoni o gettare la prima pietra sul petto del condannato rovesciato al suolo, o versargli essi il metallo fuso nella bocca, o tirare essi in opposta direzione i due capi della tela che si era avvolta al collo del paziente. Che si direbbe oggi di un testimone che si dichiarasse pronto ad atti di tanta ferocia?

(2) Pare che il concetto di eseguire la pena di morte *in segreto* si attuasse la prima volta a Nuova York. A tale pensiero sonosi condotti come ad ultimo riparo i sostenitori della pena di morte per eliminare con un certo modo di transazione dalla medesima uno dei più gravi obietti coi quali gli oppositori le facevano guerra. Già aveva osservato Boisaymè *(de la justice criminelle en Toscane pag.* 181)

Digitized by Google

che anche negli animali è innato l' orrore e la repugnanza per la morte dei loro simili. La migliore salvaguardia contro l' omicidio è l' orrore che Dio ha posto nel cuore dell' uomo verso la strage del suo simile. Lo spettacolo della pena di morte affievolisce questo orrore nei popoli, e così appiana e facilita la strada ai delitti di sangue col demolire il salutare ostacolo opposto contro di loro dalla suprema legge dello istinto. L' uomo (soggiunse il Professore Livi nella sua dotta dissertazione su questo tema, *Siena* 1872, e di nuovo nella *Rivista Sperimentale di freniatria e di medicina legale,* da lui egregiamente diretta, *anno* 1, *pag.* 209, *e* 462, *Reggio Emilia* 1875) è animale eminentemente *imitatore.* In ambo i sensi pertanto la moltiplicazione dei supplizi capitali deve necessariamente moltiplicare i reati di sangue. E la storia, fedele dagherrotipo di tutte le grandi verità, conferma la sentenza dei filosofi e dei fisiologi. Ma coloro che vogliono mantenere la pena capitale ad ogni costo non potendo negare la forza di tali obiezioni si arrenderebbero a declinarle col ripiego delle esecuzioni segrete. Ciò evita un male: ma nel tempo stesso spoglia la pena capitale di quel prestigio pel quale si era tanto raccomandata nei passati secoli; e conducendo i cittadini a dubitare della giustizia di un fatto che ha vergogna di prodursi al cospetto del popolo accelera la finale espulsione del manigoldo. Finchè si uccise il colpevole perchè si sentiva la impotenza di resistergli e la conseguente necessità di distruggerlo, lo ucciderlo fu logica conseguenza dedotta dalla necessità della propria conservazione. Ma in questo senso fu logica eziandio l'altra conseguenza di concedere lo *jus necis* mediante i celebri *bandi capitali*, che davano ad ogni privato libera balìa di uccidere il nemico comune; bandi che si sono visti rinnuovati nell' odierno Regno di Grecia mercè l' editto Reale del gennajo 1865 che pose alla taglia di duemila e di tremila dramme la vita di alcuni masnadieri. Contro tale sistema s' inveì come barbaro: e barbaro era, ma rigorosamente logico. Confessata una volta la impotenza del

Digitized by Google

Governo a difendere i cittadini da un' orda di assassini, bisogna bene affidare al pugnale dei privati quella salvezza comune che la spada degli armigeri pubblici è inetta a proteggere. Ma allora siamo (come nel brigantaggio) sotto la signoria dello *jus belli* e non sotto quella del giure penale. Il progresso civile e i più saldi ordinamenti governativi resero (in tempi normali) vergognosi i governi ad emettere simile confessione di debolezza; e le *taglie* furono generalmente abolite. Ciò doveva logicamente condurre ad abolire la pena capitale sotto il punto di vista della *difesa diretta*. Ma la pena di morte continuò per un sentimento di odio, e di vendetta contro i colpevoli. Ed in questa linea di sentimenti furono una seconda volta barbaramente logiche le crudeltà nella esecuzione del supplizio che appunto esprimevano la logica inesorabile dell' odio; come pure gli strazi inferiti ai cadaveri dei giustiziati (Klein *disput.* 24, *pag.* 1223), e la negata inumazione, e la istituzione delle forche patibolari, così ben dipinte da Molinier *Notice historique sur les fourches patibulaires, Toulouse* 1868. Ma come la civiltà odierna aveva interdetto ai governi di confessare (in tempi ordinari) di uccidere per debolezza e paura, così aveva interdetto loro di confessare di uccidere per odio e vendetta. Allora il patibolo non ebbe più per puntello altro argomento tranne quello della sua utilità per la intimidazione dei non colpevoli; e la dottrina sostenitrice del patibolo venne alla sua ultima fase. In questa fase incontrò sotto il punto di vista *razionale* la obiezione insuperabile che non è lecito servirsi del corpo dell' uomo come strumento ai propri fini, e l' ostacolo della indistruttibilità volontaria della personalità umana. Incontrò sotto il punto di vista *sperimentale* la confutazione della storia e della esperienza; confutazione alla quale i conservatori non hanno mai risposto, e mai potranno rispondere finchè non avranno tollerato che gli abolizionisti ripetano in più grandi stati quello esperimento che essi hanno fatto vittoriosamente in molti piccoli Stati. E incontrò finalmente sotto il punto di vista

Digitized by Google

utilitario la obiezione del *malo esempio* che i Governi davano al popolo e dello incitamento al disprezzo della vita umana ed ai reati di sangue. Per rispondere a questa terza obiezione si mise in voga la *esecuzione segreta*, senza accorgersi della contradizione nella quale s' inciampava. Noi certamente concordiamo che se il supplizio capitale vi deve essere esso sarà *meno dannoso* se lo si eseguisca in segreto; ma non concordiamo che per questo modo si renda *utile* e molto meno che si renda *giusto* o *legittimo*, o *necessario*. Sarà un male minore, ma sarà sempre un *male*.

2.°

Pene afflittive.

§. 663.

Pene *afflittive* diconsi quelle che affliggono *fisicamente* il colpevole senza giungere a torgli la vita.

§. 664.

Le pene *afflittive* possono essere o *dirette (positive)* o *indirette (negative)*.

§. 665.

Pene afflittive *dirette*, o *positive*, sono quelle nelle quali al paziente si reca un dolore portando la mano sopra il suo corpo. Sono *indirette*, o *negative*, quelle nelle quali al condannato è in una qualunque guisa impedito l' esercizio della naturale libertà del suo corpo. Quelle che noi chiamiamo pene *afflittive dirette* o *positive*, altri vorrebbero

Digitized by Google

denominarle pene *corporali*. Ma è desso cotesto termine sufficiente al bisogno? Io credo che no. Perchè in ogni distinzione il nome dato ad una specie richiama naturalmente un contrapposto di nome alla specie contrapposta. Onde se le pene afflittive dirette si chiamassero pene *corporali*, come per esempio il marchio e le battiture, bisognerebbe chiamare pene *non corporali* le pene afflittive indirette, come la carcere e l' esilio. Ma una specie di pene *non afflittive di corpo* posta come membro di una categoria di pene *afflittive di corpo* mi sembra una contradizione. Quindi io mi attengo alla nomenclatura del mio maestro. Più esatto invero sarebbe a mio credere che si dividessero radicalmente quelle che Carmignani chiama pene afflittive di corpo in due classi distinte; cioè dicendo *afflittive* quelle che ledono la integrità personale, o recano al corpo diretto dolore, e *restrittive* quelle che soltanto limitano lo esercizio della personale libertà. In tal guisa le pene non più si dividerebbero in quattro ma in cinque categorie.

§. 666.

Le afflittive *positive* possono essere o *indelebili*, o *delebili*. Sono *indelebili* quelle che lasciano una traccia permanente sul corpo, come il *marchio* e la *mutilazione*. Sono *delebili* le altre che non lasciano tale risultato, come la *fustigazione* (1), le *catene* ec.

(1) Il celebre *knout* usato in Russia non era altro (quando si adoperava non come tortura, ma come pena) che un modo particolare di fustigazione resa più terribile per la forma spe-

Digitized by Google

ciale del flagello di cuojo che diede il suo nome a questo atrocissimo supplizio. Cotesta pena antichissima presso i Tartari fu introdotta per la prima volta in Russia nell' anno 1450 sotto Basilio il cieco, principe di Mosca. Ma anche dopo la liberazione della Russia dal giogo dei Tartari, operata nel 1481 da Ivan Vassilievitch, la pena del *knout* fu mantenuta: e trovasi nel codice pubblicato da codesto Principe nell' anno 1497. Anche la Russia però ha fatto oggi grandi passi verso la civiltà; ed il famigerato *knout* è stato definitivamente abolito. Lehr *la nouvelle législation pénale de la Russie: Revue de législation, année* 1875, *pag.* 657. Quanto alla storia della verberazione come pena nelle altre parti del mondo antico e moderno è ricco di erudizione il libro di Lanjuinais intitolato *la bastonnade et la flagellation, Bruxelles* 1825. Vedasi anche Mauregnault *de flagellationibus ante capitalia supplicia: in* Oelrichs *thesaurus vetus vol.* 2, *tom.* 3, *dissert.* 14. È unanime nella odierna Italia lo aborrimento contro la pena delle battiture, e il sentimento universale appo noi si ribella contro la minaccia o irrogazione di siffatti castighi. Ciò però non impedisce che la pena delle bastonate si conservi da altre nazioni, ed anche da quelle che più si vantano avanzate nel progresso della civiltà. Vedasi l' interessante libro del Di Bernardo che ha per titolo — *Il divorzio considerato nella teoria e nella pratica, Palermo* 1875, *pag.* 715, *e seg.*

§. 667.

Le pene afflittive *indelebili* sono da riprovarsi come degradanti la dignità umana; e per la loro *perpetuità,* che le rende ostative alla emenda del reo (1).

(1) Le pene indelebili si dettavano un tempo con molta predilezione più specialmente nell' Oriente, dove tuttavia si

Digitized by Google

mantengono. Ma non era unico il concetto al quale ispiravasi quella predilezione. Piuttosto che per ossequio alla vera idea di pena si scelsero certi modi come utile mezzo di impedire al colpevole il ritorno alla stessa delinquenza: e ciò con veduta una seconda volta biforme, o per designare il colpevole ai suoi concittadini affinchè *potessero guardarsene*, come usarono i romani avverso i calunniatori; o per togliere al reo la potenza di ripetere quel delitto, come il taglio della mano ai falsari, il taglio del piede ai ladri, e simili. Dal primo pensiero nacque che il bollo s' irrogasse con imprimere una lettera dell' alfabeto indelebilmente sul corpo del reo, la quale appunto richiamasse la iniziale del reato commesso, o della pena subìta; onde il Pancirolo (*thesaurus variarum lectionum cap.* 241 *Lugduni* 1617) ricorda che i bollati in tal guisa si appellavano *homines literati:* Henkart *diss. de stigmate, Leodii* 1828 — Mascovio *opuscula vol.* 1, *opusc.* 3 *de stigmate faciei humanae non inurendo, Lipsiae* 1776. Dal secondo pensiero ne derivò che il membro reciso fosse appunto quello che meglio poteva soccorrere al delitto. E per simile divisamento si usò di tagliare il naso alle adultere onde la loro deformità ne allontanasse i vagheggiatori: Crell *dissertationes fascic.* 2, *dissert.* 6, *cap.* 2, *pag.* 91 *de jure manuum in foro criminali.* È notevole che alla abolizione della pena del bollo si venne per gradi. Questa riforma esordì dal proclamare la invulnerabilità dell' uomo nella faccia, perchè era fatta ad immagine del Creatore: Burges *singularium observationum Centuria* 2, *observat.* 88, *Coloniae Agrippinae* 1685. In alcune Provincie di Italia il bollo si è mantenuto fino ai miei giorni ad imitazione della Francia, ma come pena *accessoria* diretta a costatare la identità del condannato in caso di recidiva o di fuga. Così ai condannati alla galera si imprimevano sulla spalla le lettere T F.

Digitized by Google

§. 668.

Le principali pene *afflittive negative* sono la *detenzione* e l' *esilio*. Alle medesime riferirei pure la *vigilanza della polizia*, se questa potesse veramente guardarsi come pena (1). Ma in lei prevale la idea della prevenzione esercitata come misura di buon governo: e sebbene molti codici la noverino fra le pene perchè trovano conveniente che in certi casi debba decretarsi dal tribunale, pure scientificamente guardata non so persuadermi che sia veramente una pena nel senso filosofico di questa parola. Infatti la misura di questa coercizione si ragiona praticamente sulla malvagità *individuale* o vera o presunta del *colpevole*, lo che esce dai criterii ordinarii della punizione e rientra nelle considerazioni di polizia. Così la pensarono anche i compilatori del codice Jonio, ricco d' altronde di bellissime idee. Questo codice descrive una classe speciale di sanzioni da irrogarsi dai tribunali come affatto estranee alle vere pene: e le designa (art. 68 e segg.) così — *misure di precauzione dirette a prevenire i reati, le quali possono adottarsi dalla giustizia punitiva:* e quivi enumera l' allontanamento, la malleveria, la sottoposizione alla sorveglianza speciale, e la espulsione dallo stato dei condannati stranieri. Con ciò mostrarono quei legislatori che senza niente perdere nelle guarentigie sociali si può fare un codice penale che risponda alla esattezza del linguaggio ed ai dettati della scienza. Neppure è a parlarsi della morte civile come pena *consequenziale*, perchè dalla civiltà combattuta, ed

Digitized by Google

ormai universalmente rejetta dopo che venne definitivamente abolita anchè in Francia col Decreto del 31 maggio 1854. Neppure novero fra le pene restrittive la *interdizione di arti e mestieri*, perchè pena assolutamente inaccettabile. Scrisse non ha guari il consigliere C u n i a c che questa pena repugnerebbe ai costumi Francesi: io dico che repugna ai costumi di tutti i popoli civili, e sperai di essere riuscito a farla cancellare dal nuovo Progetto di codice penale Italiano (2).

(1) Vedasi lo scritto di E m i l i o B r u s a intitolato *della sorveglianza speciale;* e la memoria di A u z i e s inserita negli *Annales de l' académie de Législation de Toulouse ann.* 1864, *vol.* 13, *pag.* 355; e lo scritto dell' illustre M o l i n i e r, ivi pure inserito a *pag.* 271.

(2) Vedasi I miei *opuscoli vol.* 2, *opusc.* 17, *II. pag.* 267.

§. 669.

La parola *detenzione* uso qui per comprendere (1) qualunque modo di punizione con cui si priva il delinquente della sua libertà, col chiuderlo per un determinato tempo in un ricovero a ciò destinato.

(1) Sulle diverse forme di detenzione appo i vari popoli possono consultarsi V a n T u y l l *diss. de poena ergastuli apud Belgas origine et modo, Trajecti ad Rhenum* 1823. In Francia fino al Codice del 1791 la detenzione non si considerò come *pena* ma soltanto come *mezzo* di assicurarsi dei colpevoli: D e s p o r t e s *Réforme des prisons pag.* 8; ove trovasi la storia contemporanea del sistema penitenziario in Francia: L u c a s *du système pénitentiaire en Europe et aux États Unis, Paris* 1828 — V a s s e l o t *examen des diverses théories pénitentiaires, Lille* 1835 — S i l v e l a

Digitized by Google

necesidad de la pena capital, cap. 13 — il libro pubblicato a Londra il 1820 dalla società sul miglioramento delle prigioni sotto il titolo *Rules proposed for the government of gaols* — Maconochie *crime and punishment, London,* 1846 — Van der Brugghen *Études sur le système pénitentiaire Irlandais, Berlin* 1864. Il sistema penitenziario al quale io darei volentieri il nome di *ortopedia morale,* dagli eruditi cattolici si fa risalire al sesto secolo dell' era Cristiana, e ne trovano la istituzione in un Monastero del Sinai: *Revue Catholique de Louvain,* 1852-1853, *pag.* 708 *et suiv.* Certo è che Clemente XI ne fece un saggio in Roma l' anno 1703 nell' ospedale di S. Michele fondando una carcere pei giovani delinquenti ordinata col sistema cellulare con isolamento e istruzione, alla quale pose per esergo — *parum est coercere improbos poena nisi probos efficies disciplina.* Ma vuolsi che analogo istituto fosse già in Firenze fino dall' anno 1701 in S. Filippo. La civiltà del secolo presente avrebbe dovuto ormai rendere cosmopolita il sistema penitenziario se una veduta di economia non lo osteggiasse nascondendosi sotto velame di obiezioni sofistiche avvalorate dai pregiudizi volgari. Così la proposta formale per la sostituzione del sistema penitenziario al carcere promiscuo fatta in Francia nel 1840 dal Ministro Duchatel, e adottata in massima tanto dalla Camera dei Pari quanto da quella dei Deputati, vide aggiornata indefinitamente per la rivoluzione del 1848 la sua applicazione universale, che dovette limitarsi all' apertura di qualche parziale stabilimento profittando dei lavori preparati nello intervallo dalla amministrazione; e in tal guisa potè aprirsi in Parigi nel 1850 la grande prigione di Mazas. Ma una Circolare del 17 agosto 1853 del Ministro Persigny dichiarò apertamente che quel Governo rinunziava al progetto della separazione cellulare per tenersi alla separazione per quartieri. E per rendere meno impopolare questo regresso si accreditò uno scritto del Dottor Pietra-Santa pubblicato sotto il titolo *Mazas, Études sur l' emprisonnement cellulaire,* ove si cercava di allarmare il pubblico sui pericoli

Digitized by Google

delle alienazioni mentali, e dei suicidi asserti derivanti dallo isolamento. In buona fede il Van der Brugghen ha elevato obietti contro l' applicazione di questo sistema ai minori delitti; ma sono equivocati. Egli dice assurdo applicare il rimedio dove è minore il bisogno: perchè i rei di minori delitti essendo meno pervertiti è meno a temersi la reciproca corruzione, e con ciò non avverte che anche un vecchio facinoroso può talora commettere un delitto leggiero, e così trovarsi mischiato coi neofiti della criminosità. Soggiunge che la detenzione pei piccoli delitti è di troppo breve durata per poterne sperare un miglioramento efficace; e qui dimentica che lo isolamento, oltre al fine secondario della istruzione dei detenuti, ha il fine principale e primario d' impedirne il pervertimento, il quale pur troppo può derivare da un solo mese ed anche da pochi giorni di promiscuità.

§. 670.

Col nome di *detenzione* esprimo dunque tutte le forme congeneri di punizione (1), consistenti nel chiudere il reo in un luogo di pena: alle quali si dà il nome speciale dal nome dato al ricovero; che secondo le sue varietà dicesi *prigione, carcere, casa di forza, casa di disciplina, casa di correzione, ergastolo, galera* (2), e simili. Tali varietà di nome non hanno un senso determinato che possa offrirne una nozione costante. Quel nome che in alcune legislazioni esprime la detenzione *più grave*, in altre designa la detenzione *più leggera*. Ciò dipende dai gius costituiti, giacchè i nomi non possono rappresentare un principio assoluto. Una distinzione *sostanziale* tra forma e forma di detenzione consiste nella appendice dell' obbligo al lavoro. Alcuni codici contemporanei ne hanno fatto un criterio esplici-

Digitized by Google

to di aggravamento, distinguendo fra detenzione (3) con obbligo al lavoro e detenzione con libertà di ozio. Recentemente alcuni schifiltosi hanno accusato d' *immoralità* il concetto d' infliggere il lavoro come *pena*. Tale obiezione può sedurre nella sua apparenza, ma io non posso spingere tant' oltre la mia suscettività. Se la società ha diritto d' infliggere al delinquente una restrizione di libertà con impedirgli certi atti, non veggo perchè non possa restringerne la libertà con obbligarlo a certi lavori che mentre giovano allo Stato giovano altresì al fisico ed al morale del condannato stesso. Si dice che il lavoro dovrebbe essere una *facoltà* concessa al condannato come *premio* della sua buona condotta. Ma io non trovo inconciliabilità fra le due idee. Lo accordare come premio lavori più geniali e meno faticosi ai carcerati più docili, non esclude che si possano con più dure fatiche piegare le più ribelli nature. Queste e simili obiezioni, con le quali poco a poco si vorrebbe ridurre la carcere ad un collegio, bisogna ricondurle al principio fondamentale. La società ha il diritto (salva la dignità e personalità umana) di *far patire* il delinquente: la società ha il dovere di agire pel *miglioramento* del delinquente. Se la coazione al lavoro risponde a questi due fini, e non ha niente che degradi la umanità, od avvilisca l' uomo in faccia a sè stesso le censure contro il lavoro coatto non sono che vane ubbie.

(1) I Romani non usarono la carcere come *pena* ma come *custodia*. Sembra aperto in ciò il testo alla *leg. aut damnum* 8, *ff. de poenis* — *Carcer ad continendos homines*

Digitized by Google

non ad puniendos haberi debet — Van Eck *theses pag.* 209. Quali fossero le condizioni del carcere per custodia in Francia nel 1781 può rilevarsi dalla orribile descrizione che ne fa Boucher d' Argis *observations sur les loix criminelles de France, pag.* 21, *Amsterdam* 1781. Sul numero e sulla località delle diverse carceri nella antica Roma disserta con molta erudizione Invernizi *de publicis et criminalibus judiciis pag.* 88. Questo libro fu pubblicato in Roma l' anno 1787, ma presto esaurita quella edizione mancò affatto al commercio. I sapienti Alemanni ebbero tanto in pregio la dottrina di questo Italiano che procacciarono una ristampa del libro, la quale fu eseguita da Weidmann nel 1846. Ma per una singolarità di reverenza all' Autore a questa nuova edizione Lipsiense si tornò a dare la data di Roma 1787, e si volle riprodurre con la più minuta conformità di pagine e di linee; e persino si riprodussero alcuni errori di ortografia latina nei quali era caduto l' Invernizi, per non parere audaci censori dello illustre Italiano. Tutto questo è spiegato nella Prefazione di Weidmann premessa alla edizione di Lipsia. E dire che un libro tanto venerato in Germania è forse sconosciuto in Italia da molti dei suoi Criminalisti! Non è anche questa una vergogna nostra lo ignorare le glorie scientifiche Italiane mentre così ciecamente si adorano le inezie di certi Criminalisti francesi improvvisati!

(2) La galera, che sotto una od altra forma presenta agli occhi del pubblico un uomo con vesti alle quali è annessa la infamia, trascinando una catena che lo assomiglia ad una bestia feroce, per quanto possa parere *esemplare*, è certamente *avvilitiva* della dignità umana ed *ostativa* alla emenda. Non è dunque meraviglia se in Francia l' appellativo ex forzato suona lo equivalente di uomo perduto e di un nemico della società. Ma a queste cose non guardava la Francia sotto i suoi Re nella distribuzione delle penalità. Altri criterii davano norma: e per comprendere quanto fossero ignobili quei criterii si legga la Circolare ai Presidenti di

Digitized by Google

Francia del Ministro Colbert, che è così concepita — *Le Roi désirant retablir le corps de ses galères et en fortifier la chiourme* PAR TOUTES SORTES DE MOYENS, *son intention est que vous* TENIEZ LA MAIN *à ce que votre compagnie y condamne le plus grand nombre de coupables* QU' IL SE POURRA.

(3) Insito è l' obbligo del lavoro alla pena della *galera* (*triremes* degli antichi, *travaux forcés* dei Francesi, *cadena* degli Spagnuoli), la qual pena in senso proprio designava il servizio di remare sui bastimenti; ed in tal forma sembra si usasse anche dai Romani, per ciò che disserta Langlaeus *semestrium lib.* 10, *cap.* 5; ma in senso più lato designa la addizione del condannato anche ad altri lavori faticosi in terra ferma. In che differissero appo i Romani la *damnatio ad bestias,* e lo *obiicere bestiis,* e il *subiicere bestiis,* fu tentato chiarirlo alla nota 2 del §. 3631; e bene lo spiega Sesse *decisiones Aragoniae decis.* 213, *Venetiis* 1672. La prima forma sembra rientri nelle pene *afflittive:* le ultime due sembrano appartenere alle pene *capitali.* In che poi differissero la *damnatio in metalla* e la *damnatio in opus metallicum* lo esamina Heyner *dissertatio De damnatione ad metalla pars* 1, §. 3, *Lipsiae* 1794, ove nota che la prima era pena perpetua accompagnata dalla massima diminuzione di capo mentre la seconda operava soltanto la media, ed era temporaria. Ne tratta anche Mecacci *diritto penale e capacità giuridica dei condannati, cap.* 2, *Roma* 1873.

§. 671.

Circa la detenzione si revocò un tempo in questione il diritto nella società di irrogarla *in perpetuo:* ma senza plausibile fondamento. La dottrina *correzionalista* tenta oggi riprodurre cotesta opinione sotto forma diversa. Questa scuola però, malgrado le sue esagerazioni, ha recato di grandi benefizi allargando il sistema penitenziario (1). È pa-

Digitized by Google

rimente da notarsi che gli *arresti in casa*, quantunque abbandonati da molte legislazioni, possono riuscire utilissimi come infima pena afflittiva. Non dovrebbe tralasciarsi mai nessuno degli strumenti che possono servire a proporzionare ai diversi gradi della imputazione un diverso grado di repressione. E poichè ad un infimo grado di responsabilità può adattarsi un infimo grado di restrizione della libertà personale (che, per quanto infimo, può essere sentito più della multa) non è razionale disprezzarlo.

(1) In ordine alla storia del sistema penitenziario vedasi la opera di Marquet-Vasselot, e ciò che ne dice nel suo corso Ortolan a *pag.* 668. Circa gl' inconvenienti della *galera* vedasi Alauzet *Essai sur les peines, chap.* 4, *Paris* 1842.

§. 672.

L'*esilio* (1) in senso *generale* comprende tanto l'*esilio propriamente detto*, quanto la *relegazione*, o *confino*.

(1) Van Tuyll Van Serooskerken *dissert. de poena exsilii, Trajecti ad Rhenum* 1828 — Nicolao Antonii *de exsilio lib. tres:* nel Meermann *vol.* 3, *op.* 2 — Tiraquello *semestria lib.* 3, *cap.* 20, *pag.* 282 — Haus *sur le projet de code pénal, pag.* 90 *et suiv.* — Lucas *du système pénal par.* 3, *cap.* 5 — Bentham *des peines et récompenses tom.* 1, *pag.* 193. E ampiamente Vriese *de poena exsilii, Amstelodami* 1849.

Digitized by Google

§. 673.

L'*esilio* (1) in senso *proprio* è l'allontanamento del delinquente DA *un determinato luogo,* che solo gli è interdetto; con piena libertà a lui di recarsi ovunque altrove gli piaccia. Alcuni moderni codici hanno tolto l'equivoco nascente dai due sensi della parola *esilio,* chiamando l'esilio particolare *interdizione di luoghi.*

(1) Sulle tre specie di esilio appo i Romani, ricordate da Marciano *in leg.* 5 *ff. de interdict. et releg.* disputano gli eruditi; vedasi Ermann Cannegieter *observ. juris romani lib.* 1, *cap.* 8, *Lugduni Batavorum* 1772.

§. 674.

La *relegazione* consiste nell'imporre al reo la dimora IN *un determinato territorio,* con interdizione a lui di recarsi in qualunque altra parte del globo (1). La polizia odierna che si è impadronita di questa pena le ha dato il nome di *domicilio coatto.*

(1) Fecero gli eruditi argomento di disputa se i Romani infliggessero la deportazione ai servi. Vedasi Lyclama *Membranarum lib.* 2, *ecloga* 10. La differenza fra la *relegazione* e *l'esilio* è notata dai giuristi anche ai fini civili. Merenda (*controversiae lib.* 10, *cap.* 9, *pag.* 20, *Bruxelles* 1675) dimostra in base alla legge *Titio* 71, §. 2, *ff. de condit. et demonst.* che il patto con cui si vuole obbligare alcuno a non uscire dalla città è invalido *quia infringit jus libertatis;* e sostiene efficace il patto col quale alcuno si obblighi a non ritornare in una città. *Eo modo quo jus libertatis*

Digitized by Google

non infringitur si nuptiis aliquorum interdicatur. Ma questa distinzione non può (per quanto verissima) correrci su tutta la linea dal criminalista, perchè seguendo la medesima saremmo costretti a dire che la *relegazione* è pena *privativa* della libertà e che lo *esilio* è pena soltanto *restrittiva*; e si verrebbe a introdurre una nuova divisione che nella scienza nostra è superflua.

§. 675.

Ambedue queste pene non ammettono *costringimento fisico*. Tutta la coazione sta nel precetto. Di qui la necessità di aggiungere al precetto una sanzione speciale costituendo un titolo di maleficio di pura creazione politica nel reato di *inosservanza di pena*.

§. 676.

Quando l'esilio consiste nella espulsione da *tutto* il territorio dello Stato dicesi *bando*. Quando la relegazione è in un luogo oltre mare dicesi *deportazione* (1).

(1) Sulle diverse forme della deportazione romana vedasi Van Vryhoff *observationes juris civilis cap.* 25, *pag.* 125, *Amstelodami* 1747 — Van de Water *observationes juris romani cap.* 7, *pag.* 288, *Trajecti Batavorum* 1713 — Heyn *opuscula Academica vol.* 4, *opusc.* 16, *pag.* 268, *Gottingae* 1785 — Van West *de poena deportationis pars* 1, *pag.* 10, *Amstelodami* 1832 — Kasteele *de poena deportationis, Hagae Comitum* 1830 — Zigler *disceptationes selectae, thema* 48, §. 46, *Lipsiae* 1712; e sulla convenienza attuale di questa pena Ru-

Digitized by Google

bechi *della deportazione, Siena* 1867 — Giuriati *della massima pena incruenta* — Beltrami-Scalia *sulla riforma delle Carceri in Italia, Torino* 1867: contro i quali scrisse Cerruti *Memoria in difesa della deportazione, Milano* 1874. Disputano gli eruditi se la interdizione dell' acqua e del fuoco debba dirsi caduta in dissuetudine appo i Romani quando venne in uso la deportazione, e molti opinano che si mantenessero e l' una e l' altra; e questa tesi si sostiene da Huber *Digressiones Justinianeae lib.* 3, *cap.* 9, *pag.* 173, *Francquerae* 1596.

§. 677.

Tutte le pene afflittive *negativamente tali* hanno a comune i seguenti caratteri di prestanza politica:

1.° La *graduabilità;* che è immensa tanto nella *durata,* quanto nella *intensità.*

2.° La *reparabilità.*

§. 678.

Ma la *detenzione* comparativamente all' *esilio* ha ulteriori caratteri di convenienza nei seguenti rapporti, che l' esilio non offre; e pei quali anzi è l' esilio difettosissimo.

§. 679.

Prevale infatti la detenzione e difetta l' esilio, sotto il rapporto:

1.° della *forza fisica obiettiva,* perchè l' esilio è disugualmente *sentito,* e forse *niente sentito* da certi delinquenti (1):

2.° della *forza morale obiettiva;* perchè l' esilio manca di *esemplarità:*

Digitized by Google

3.° della *moralità* pubblica; a cui la pena deve sempre guardarsi dall' avversare. L' esilio demoralizza. La carcere offre la opportunità al buon governo ed alle associazioni private di esercitarsi alla emenda del reo. Scopo utilissimo e santo, al quale il giure penale deve tenersi estraneo, ma non frapporre impedimenti, ed anzi prestargli favore, per quanto è compatibile con la essenzialità della pena.

(1) È notevole una disposizione della Carolina: ove all' art. 161 invece di esiliare i rei di secondo furto, o relegarli altrove, si condannano a vivere in perpetuo nel luogo *dove avevano rubato*. Questa sanzione procede più che da una veduta di affliggere il colpevole, da una veduta di rendere più difficile ai ladri la ripetizione del malefizio. Sotto questo aspetto in tale provvedimento vi era assai più filosofia che nell' esilio.

§. 680.

Per tali motivi la detenzione con *separazione cellulare* dei condannati va oggi allargandosi in tutti i paesi civili: persuadendo la ragione, e mostrando la esperienza, che la *promiscuità* dei detenuti è fomite di corruzione. E per questi motivi la prima Commissione pel codice penale Italiano propose in surroga della pena di morte il congiungimento delle due pene; cioè la *deportazione con reclusione*, e questo fu anche il mio voto.

§. 681.

Ugualmente per tali motivi le moderne legislazioni hanno moderato l' abuso che in addietro (per

Digitized by Google

la prevalente veduta della economia pecuniaria) tecesi dello *esilio;* e sono venute ad applicarlo soltanto a certe mancanze che non rivelano decisa proclività al male.

§. 682.

Nel graduare la pena della detenzione è specialmente da esaminarsi la grave questione, se sotto il duplice rapporto della sensibilità del reo, e della opinione pubblica (e così sotto il rapporto della forza obiettiva, tanto fisica quanto morale, della pena) la considerazione della *intensità* superi la efficienza della *durata.* Questo problema non è stato sciolto a dovere da certi codici moderni.

3.°

Pene infamanti.

§. 683.

Pene *infamanti* (1) sono quelle che feriscono il delinquente nel patrimonio dell' *onore.* Ma poichè la natura stessa della delinquenza o della punizione può operare l' effetto di macchiare la fama del reo come conseguenza spontanea di sè medesima; così è da avvertirsi che pena *infamante* dicesi soltanto quella in cui la infamia è irrogata per una *formale dichiarazione della legge.*

(1) Sulle pene infamanti dissertarono più specialmente Woltaer *observationum vol.* 1, *observ.* 22, *Halae Magde-*

Digitized by Google

burgicae 1777 — Gellercke *de infamia, Lugduni Batavorum* 1773 — Van Geuns *de infamia, Trajecti ad Rhenum* 1823 — Hepp *de la note d' infamie en droit Romain, Paris* 1862 — Richter *de natura et indole infamiae mediatae.* Vedasi ciò che scrisse Pacheco *el codigo penal comentado vol.* 1, *pag.* 326 *y sig.* e nella dissertazione intitolata *Penas infamantes,* inserita nella *Escuela del Derecho pag.* 318, *y seg. vol.* 1; e Bonneville *l'amélioration de la loi criminelle tom.* 2, *pag.* 433, *Paris* 1855 — Mittermaier *delle pene infamanti;* fra gli *opuscoli* del Mori *vol.* 4, *pag.* 81.

§. 684.

Distinguesi effettivamente la *infamia di fatto* (o della opinione) dalla *infamia di diritto* (o della legge): secondochè il disonore si infligge o *ex judicio hominum,* o *ex legis sanctione.* La prima fu da Ulpiano detta *naturalis,* la seconda *civilis.* La prima, come avverte Woltaer, comincia dal giorno del delitto; la seconda dal giorno della sentenza. In antico la infamia civile si irrogava con la espulsione da certe corporazioni. Poscia venne in uso si decretasse espressamente: e prevalsero due modi diversi d' irrogarla: — 1.° con *decreto* di giudice che dichiarasse infame il reo — 2.° accompagnando il decreto con una manifestazione *materiale;* per esempio la gogna, la mutazione delle vesti, la equitazione sull' asino (1).

(1) Donello censurò la distinzione tra infamia di *fatto,* e di *diritto.* Ma bene lo confutò Amaya *in Cod. de infam. thes.* 11, *Lugduni* 1667 — Bacovius *ad* Treutlerum *thes.* 4. Ma ad entrambo l' uomo corrotto risponde col troppo

Digitized by Google

veridico verso di Orazio (*Satire* 1, 1, 66) *Populus me sibilat: at mihi plaudo ipse domi, simul ac nummos contemplor in arca.*

§. 685.

Ma fu bene avvertito che lo irrogare la infamia per disposizione di legge è superfluità, se già il delitto trae seco la infamia di fatto; od è un conato impotente della legge, che ricade a sua derisione, se la opinione pubblica non vi risponde: perchè il patrimonio dell'onore non esiste che nelle menti dei nostri simili; e la legge può comandare ai corpi, non alla opinione.

§. 686.

D'altronde fu osservato che le pene infamanti avevano il difetto di essere

1.° *aberranti,*

2.° *disugualmente sentite,*

3.° *perpetue;* checchè sognasse il Bentham di una infamia graduabile a piacimento nella intensità e nella durata, col suo singolare paragone delle macchie in un panno. In *fatto* vi è certamente una indefinita graduazione nella perdita dell'onore, a causa del maggiore o minore aborrimento che spiega la pubblica opinione contro i diversi fatti disonoranti. Ma questa graduazione non si può comandare dalla legge, nè delimitarsi in modo esatto ed efficace.

4.° distruttive della dignità umana, e così *ostative* alla *emenda* (1).

Digitized by Google

(1) Su questo ultimo proposito osservò Thomasio che la infamia irrogata ai vivi era da rigettarsi, perchè ostativa alla emenda; mentre era da accettarsi la infamia irrogata ai morti perchè emendatrice dei vivi. A questa idea si ispirarono quei popoli antichi che i nomi dei grandi colpevoli incidevano sopra una colonna. Del quale uso ricorda esempi Puttmann *adversariorum vol.* 2, *cap.* 30, *in fin. Lipsiae* 1778.

§. 687.

Per queste ragioni, malgrado le declamazioni di Filangieri, prevalse nella scienza moderna la idea che rigetta la infamia, come dannosa od inutile, dall' armamentario penale. Salvo a conservare come appendice di certe pene quella *umiliazione* che è redimibile, e che lungi dall' essere offensiva alla dignità umana, esprime anzi la obbedienza ad un dovere per parte di chi ha mancato; e salvo il disonore *consequenziale*, che porta seco la perdita di certe dignità, o di certi ufficii. Sicchè questa terza classe di pene, benchè per ossequio al metodo universale dei criminalisti continui a designarsi sotto il nome di pene infamanti, male conserva questo nome; essendo antilogico che si crei una classe speciale di pene che poi si conclude non dovervi essere. Pure una *classe speciale* di quelle pene che non affliggono nè il corpo, nè la cruinena, o sotto il nome di pene *umilianti* o sotto altro nome è necessità mantenerla. Io volentieri avrei dato a questa classe il nome di *pene morali*, se non avessi temuto di apparire novatore; e se non avessi ravvisato poco esatta la denominazione di *morali*, tranne per figura di antonomasia; dovendo essere comune

Digitized by Google

a tutte le pene un effetto morale anche sul delinquente. In questa classe dovrebbero trovar sede — l' *ammonizione* (la storia e la utilità della qual pena fu testè rilevata dal Consigliere Bonneville in un eccellente scritto, riprodotto poscia nell' opera intitolata *de l' amélioration de la loi criminelle, Paris 1864, vol. 2, deuxième partie, chap. 8, de l' admonition répressive)* — la *nota censoria* — il *biasimo* — la *interdizione* di certe onorificenze; ed altre simili. Ma ciò che non ho osato di fare io, lo farà altri per certo; poichè lo esige lo svolgimento rapidissimo che ha preso in Europa (e sembra voler prendere (1) anche in Italia) la scienza penale. La classe delle pene infamanti apparterrà tra breve alla storia.

(1) Dico *sembra*, perchè voglio sperare che sfumino come passeggieri vapori le partigiane declamazioni con le quali in certe sfere si dileggiano i Criminalisti teorici. Del resto l' *ammonizione* della quale ho qui dato cenno è ben diversa dalla pena rovinosa del *monito* creata sventuratamente dalle ultime infauste leggi di Italia, le quali hanno fatto tristissima prova nella pratica, cambiando gli ammoniti in altrettanti *paria* della società, non per effetto della semplice ammonizione ma per le conseguenze vessatorie, tiranniche, e demoralizzatrici che la nostra legge produce col consegnare gli ammoniti alle più dure persecuzioni della polizia. Queste conseguenze non prevedeva certamente Bonneville quando contemplava la semplice mortificazione cagionata da una reprimenda verbale, come per certo non le prevedeva io quando elogiava lo scritto di Bonneville. La ammonizione in sè non è che una paternale fatta dal giudice ad uno individuo che non si crede ancora meritevole di pena. Il monito italiano è un precetto con sanzione penale, è un' appen-

Digitized by Google

dice al codice penale; è la creazione di una nuova serie indeterminata di delitti puniti talvolta più severamente che il reato commesso; è una specie di *capitis deminutio* che moltiplica il numero dei malviventi.

4.°

Pene pecuniarie.

§. 688.

Dicesi pena *pecuniaria* qualunque diminuzione delle nostre ricchezze sancita dalla legge come punizione di un delitto. È nella indole di questa pena che la parte di patrimonio ritolta al colpevole si addica allo Stato. Ove fosse altrimenti si avrebbe una ragione di *indennità*, piuttosto che di *castigo*. Ma è *morale* che lo Stato destini il prodotto delle ammende ad opere pie. La legge in pena del delitto può togliere al delinquente o *tutto* il patrimonio; e la pena prende il nome di *confisca:* o soltanto *una parte;* e prende il nome di *ammenda* o *multa*, secondo i casi (1). Questa forma di penalità vuol essere studiata *storicamente, giuridicamente, politicamente.*

(1) Non si possono scientificamente definire i criterii che distinguono l' *ammenda* dalla *multa*, perchè qui ripetesi la osservazione che abbiamo fatto intorno alle diverse forme di *detenzione* ed ai respettivi nomi. Nasce dai diritti *positivi* delle varie genti la differenza fra la *ammenda* e la *multa*. Alcuni credettero desumerla dalla diversa natura del *fatto* punito; altri dalla diversa *destinazione del denaro;* altri da altro. Il nuovo codice di San Marino disse *multa* quella pena pecuniaria che si infliggeva come pena *unica;* e disse *am-*

Digitized by Google

menda quella che si infliggeva come *accessoria* ad un' altra pena.

§. 689.

Nel rapporto *storico* troviamo che la pena pecuniaria ha sofferto notevoli tramutamenti. Troviamo le pene pecuniarie anche nelle leggi mosaiche, inflitte con la condanna al pagamento di denaro presso quel popolo che fu il primo inventore della pecunia numerata. Le troviamo nelle tradizioni di altri popoli anche nei secoli posteriori mantenute con la condanna al pagamento di pecore e buoi, o di altri oggetti; e in qualche luogo persino di mattoni (1). Sotto la prima forma per la non anco invalsa costumanza della moneta; sotto la seconda per lo speciale bisogno che sentivano certe città di alcuni oggetti o per circondarsi di muro o per altro servizio delle speciali industrie loro. E in cotesti popoli scorgiamo che siffatte condanne ebbero il vero carattere di *pena*. Ma con ben differente carattere le troviamo nelle tradizioni dei popoli germanici, e nelle loro consuetudini: le quali, prevalute fino al secolo sesto dell' era cristiana, continuarono presso alcune di quelle genti, e si protrassero fino al secolo decimoterzo, ed anche oltre. Mentre apparisce che codesti popoli per un lungo periodo tutti i reati punissero di pene pecuniarie, è un fatto però che non conobbero mai questa pena come pena. Perchè quelle somme che un delinquente pagava all' offeso erano il prezzo della pace; ossia della renunzia che il leso o la sua famiglia facevano del preteso diritto di vendicarsi. E la somma che i delinquenti pagavano ai capi della tribù sotto il no-

Digitized by Google

me di *fredum*, era una retribuzione che il delinquente dava al capo (qualunque si fosse) della nazione, per la protezione che gli aveva accordato contro la vendetta dell' offeso. Avvegnachè (come bene osservò Henke) sia singolare che appo codesti popoli per molti e molti secoli l' autorità non difese i privati contro i delinquenti, ma i delinquenti contro i privati offesi, affinchè questi non esercitassero esorbitanti vendette. Laonde tutti cotesti pagamenti non s' infliggevano nel vero concetto di *pena*. Il *weregeld* (2) dato agli offesi era una *indennità:* il *fredum* una sportula. Quando poscia lo studio risorto delle leggi romane rendette viva energia alle tradizioni di quell' impero, si condussero in voga altre idee: e i capi delle nazioni cercarono nelle costituzioni imperiali il testo di una supremazia più potente. Si sentì allora il bisogno di un riordinamento delle leggi criminali. Così avvenne che le ordinanze di Francesco in Francia, e la costituzione di Carlo V in Germania, che fu detta la Nemesi Carolina, non meno che altri Statuti nel secolo decimosesto (con vicenda uguale a quella che si è veduta nel presente) fecero sorgere una codicizzazione penale per tutta Europa. Questi nuovi ordini, mentre dileguarono gli antichi errori e le confusioni che regnavano nel diritto penale, costituirono un sistema crudelissimo (3) di punizioni. La ragione di ciò si trova evidente nell' aver tolto la maestà a fondamento del giure punitivo. La Carolina nettamente pone come sua base il principio che i sovrani debbono punire i delitti perchè Dio ha dato loro la missione di vendicare le offese a lui fatte. Con tali premesse dovevano bene scomparire le pene pecuniarie. E di fatto

Digitized by Google

noi le troviamo ristrette soltanto ai piccoli furti, o a lievi mancanze. Non così però la confisca; la quale si tenne cara in certi delitti, e specialmente nei politici, come mezzo di dar forza e ricchezza ad un partito e di opprimere ed indebolire l'altro. Dopochè i progressi dei lumi ebbero nella materia punitiva eccitato quella universale commozione che dette origine ad una nuova scienza; mentre vennero gradatamente a cessare i modi atroci delle precedenti punizioni, che avevano fatto così trista prova della loro insufficienza, si ripresero in esame dai pensatori le pene pecuniarie sotto il loro rapporto *giuridico* e *politico*.

(1) Altrove infliggevasi la pena detta della *carrata* consistente nello imporre al colpevole la prestazione di un carico di vino quanto poteva contenerne un carro: Emminghaus *Jus Susatense art.* 135, *pag.* 59, *Francofurti* 1755. Nel libro intitolato *Cenni sul Fôro Bolognese* alla *pag.* 96, e seguenti dell' *Appendice*, si trova per via di molti documenti chiarito che anche la città di Bologna conservava fino nel secolo decimosesto la consuetudine di infliggere il pagamento delle multe in certi generi speciali, per esempio armi, e simili. Nel seguito poi, prevalso il metodo d' indire le multe in denaro, si conservò generalmente il sistema di stornare per certi speciali delitti il pagamento delle multe, che di regola facevasi al fisco, e destinarlo a certe opere speciali. Così nel libro suddetto ricordasi che il Collegio degli Ungari in Bologna, destinato ad attrarre la gioventù tedesca agli studi legali in quella Università, fu eretto col prodotto delle multe che un Decreto del 15 luglio 1580 ordinava doversi pagare ai Rappresentanti della Nazione Germanica pel fine di tale fondazione. Come mezzo per assicurare la esazione delle multe

Digitized by Google

alcuni Statuti crudeli minacciarono ancora ai morosi la mutilazione di qualche membro.

(2) Sulla storia del *Weregeld* appo i popoli barbari, e sulle questioni relative alla sua determinazione, vedasi Savigny *Histoire du droit tom.* 1, *cap.* 3, *Paris* 1839. Nel sistema barbarico il *Weregeld* si proporzionò sempre al danno recato. La idea di proporzionare le pene pecuniarie al patrimonio del delinquente si è novellamente carezzata da Bonneville *de l' amélioration vol.* 2, *pag.* 249. L' art. 75 del codice Spagnuolo del 1848 espressamente le volle proporzionate alla fortuna del delinquente, e Waldeson lo elogiò. La disposizione del codice Austriaco che ordina doversi sostituire la carcere col digiuno alla pena pecuniaria quando l' accusato sia in così strette finanze che il pagamento della multa farebbe languire la famiglia, è tutt' altro che nuova; trovasi un identico provvedimento in una ordinanza del Wurtemberg dell' anno 1567. Elegante è la questione che propone Merenda *(controversiae lib.* 1, *cap.* 29) se giusto sia infliggere al prodigo pene pecuniarie.

(3) Fra questi il più crudele di tutti fu quello di Francia.

§. 690.

Sotto il punto di vista *giuridico* cercasi se la pena pecuniaria sia *giusta.* E qui non può cader dubbio circa l' *ammenda,* o *multa:* bensì circa la *confisca.* La *confisca* totale del patrimonio del condannato fu oggetto delle invettive di Beccaria. E malgrado la sofistica difesa che tentò farne il Cremani (nè pur troppo fu solo ed ultimo) venne generalmente riprovata. Non si accordarono però i suoi avversarii sulla ragione (1) per cui dovesse respingersi codesta pena. Kleinschrod pretese di sostenerla *giusta;* ma la riprovò come *inumana.* De Broglie la ri-

Digitized by Google

provò come *impolitica,* perchè alletta l' avidità dei partiti, e perpetua gli sdegni cittadini. Ma può bene farsi omaggio a tutte queste ulteriori ragioni; e dirsi con Carmignani e con Rossi, che la confisca dei beni del condannato non solo è impolitica ed inumana, ma eziandio è ingiusta, perchè pecca di *aberrazione* in quanto colpisce i figli innocenti più che il colpevole. La legge che l' ammette mentre in caso di prodigalità interdice il padre per serbare i beni alla famiglia, è contraddittoria seco medesima. Si volle conservare in Francia nel codice del 1810, che Napoleone dettò senza avere il coraggio di dargli il suo nome. Ma la Carta del 1814 l' abolì là, come in Olanda, ed altrove; ed è stata reietta da tutti i migliori codici contemporanei delle culte nazioni.

(1) La diversità del modo di ragionare le accuse contro la confisca dipende dal diverso principio che si assume a base del diritto di proprietà, del diritto di successione, e della società di famiglia. Se si nega la proprietà in diritto naturale, lo Stato che l' ha data non ha scrupoli nel ritorla: se si nega il diritto di successione limitandolo ai soli bisogni, e se negasi ogni condominio nella società di famiglia, niente avvi che impedisca di spogliare i figliuoli. Nelle dottrine giuridiche i principii formano tra loro una perpetua catena. Sulle pene aberranti e sulla confisca dissertarono in vario senso Boehmer. *Exercitatio de poena sine crimine; in ejus exercitat. Exercitat.* 101 — Crell *dissertatio* 13, *pag.* 416 *de bonis eorum qui ante sententiam sibi mortem consciverunt* — Van Limburg *diss. de confiscatione bonorum apud Romanos, Trajecti ad Rhenum* 1825 — Van Eck *theses pag.* 210 — Tiraquello *semestrium lib.* 3, *cap.* 23, *pag.* 301. La confisca fu riprovata fino dai

Digitized by Google

suoi tempi anche da Platone come aberrante: vedasi Thonissen *l'idée de la peine dans Platon, pag.* 25, *Orleans*. Pochi fra gli odierni legislatori oserebbero riprodurre nei loro codici la pena della confisca dei beni: avvene però alcuni che sanzionano il passaggio della pena pecuniaria a carico degli eredi del delinquente; e non mancano sofisti che propugnino questa tesi. Per me la regola *mors omnia solvit* ed il consecutivo precetto della *personalità*, non ammettono limitazione in tema di *pene* quando esse non hanno il carattere d'*indennità*. Si è preteso obiettare che il rimedio civile della separazione dei beni, del quale possono valersi i successori del condannato alla multa, elimina il vizio di *aberrazione* rimproverato alla pena pecuniaria che vogliasi esigere dal figlio del condannato. Con quel rimedio (si dice) il successore non paga *del proprio*, e così non subisce la pena, la quale si paga dai soli beni del colpevole. Questo argomento in apparenza seducente, a me pare sofistico per due ragioni. In primo luogo esso ha il vizio di provar troppo perchè con lo argomento stesso si può ripristinare la confisca universale dei beni. E questa replica è perentoria: e come non valse ai difensori della confisca totale, i quali pure osservavano confiscarsi i beni del reo non quelli dei figli, così non vale ai moderni retrogradi per resuscitare in parte un sistema ormai anatemizzato. In secondo luogo io dimando chi è che *soffre la pena?* Non è al certo il colpevole il quale malgrado il commesso delitto se ne morì senza patire il pagamento della condanna; ma sono soltanto gli eredi i quali vengono ad essere spogliati delle sostanze che erano in loro pervenute per diritto di successione, e si vedono impoveriti per un delitto non commesso da loro. Io non so persuadermi di questa differenziale. O bisogna ricredersi sulle censure universalmente ripetute contro la confisca, e ritrattarne la riprovazione; o bisogna nella identica riprovazione colpire eziandio la eredità delle pene pecuniarie. Anzi il vizio di *aberrazione* è in questo secondo principio sempre *costante, certo* e *diretto;* laddove nella confisca (ad eccezione dei

Digitized by Google

casi nei quali va congiunta alla pena di morte) esso è incerto ed indiretto; perchè in fin dei conti lo spoglio del patrimonio si patisce dal delinquente, e soltanto *consequenzialmente* ed eventualmente dagli innocenti suoi congiunti; sicchè mantenendo lo anatema contro la confisca e al tempo stesso sostenendo la eredità delle multe, si elimina il vizio di aberrazione dove esso è meramente possibile, e non si elimina dove esso è certo ed inevitabile. L' assurdo e la contradizione ne sono palpabili.

§. 691.

Sotto il punto di vista *politico* si osservò che le pene pecuniarie sono *inefficaci* rimpetto a delitti che muovono da impetuose passioni; solo può utilmente farsene uso nei reati che provengono da avarizia (1), purchè si proporzionino all' utile sperato dal delitto, ed abbiasi la cautela di congiungerle alle pene afflittive. Ciò per evitare il caso che non siano sentite; lo che avviene o per la grande ricchezza, o per la estrema povertà del colpevole. Caterina II ordinò nel suo codice che le pene pecuniarie si mutassero ogni trenta anni; per la probabile variazione della pubblica ricchezza. Ma cotesti dettati sono inutili oggi; poichè fare un codice penale destinato a durare, è una presunzione che da nessuno si ostenta. Solo deve avvertirsi che le multe non possono dettarsi uguali nelle varie provincie, tra le quali interceda diversità notabile nello stato economico (2). Per tali riguardi ella è cosa piena di difficoltà determinare il criterio della distribuzione delle multe in una legge; e d' altronde non può ammettersi che se ne rilasci la quantità all' arbitrio illimitato del giudice (3).

Digitized by Google

(1) Nel furto è peraltro problematica la loro convenienza. Raramente chi ruba ha sostanze donde possa ricuperarsi la multa. E quando abbia qualche assegnamento, fu osservato che la legge col privarlo anche di questo in pena del furto lo rende sempre più povero: cosicchè se prima rubava per bisogno, dopo ruba per necessità. Ottime in proposito della pena pecuniaria sono le restrizioni dettate dal codice Austriaco.

(2) Questa mia opinione non può piacere a quel partito che tiene come dogma *la unità del giure penale* in ogni Stato, per quanto grande e vasto, e per quanto siano diversi i costumi e le condizioni delle diverse Provincie. Ma io la penso così; e tale pensiero svolsi nei miei *opuscoli vol. 2, opusc.* 11. Il dogma dell' unità del giure penale è un vero dogma incriticabile in faccia ai principii della scienza finchè si applica al *divieto.* Non permette giustizia che ciò che è lecito in una Città sia delitto in un' altra che è parte dello stesso Reame. A questo io mai contradissi. Ma quel dogma diviene procustiano ed iniquo quando si applica alla *qualità e quantità* delle pene; ed è in questo senso che io lo combattei e lo combatto: e calunnia le mie intenzioni chi diversamente lo interpreta. Questo io penso in faccia ai sommi principii *giuridici.* Quando poi i miei avversari ci vogliono condurre a conculcare la giustizia e la equa proporzione delle pene sotto il pretesto che mancando l' unità di un codice penale in un Regno se ne indebolisce la unità politica, io rispondo loro con una sola formula: vi smentisce la storia di tutti i tempi.

(3) Si vedano le acute osservazioni dello illustre Conforti nel suo scritto intitolato *Intorno al diritto di punire ed al nuovo Codice Criminale del Regno Italico, pag.* 52, *Torino* 1860.

§. 692.

Filangieri risuscitando un pensiero di Platone *(de legibus 11, 12)* riprodotto da Paolo

Digitized by Google

(sentent. recept.) suggerì che la pena pecuniaria onde renderla uguale per tutti gli uomini collocati in diversa fortuna, si determinasse in una *quota* del patrimonio del reo. Ma cotesto concetto non raggiungerebbe mai la sperata *eguaglianza relativa* della pena: come bene rilevarono Oersted, Rossi, ed altri. Di più siffatto metodo (d' altronde *inesequibile)* sarebbe *ingiusto* nel suo principio, perchè proporzionerebbe la quantità della pena non al criterio della quantità del delitto ma ad accidentalità tutte esteriori al medesimo. Bensì deve accettarsi la dottrina del Tittman, che la pena pecuniaria debba surrogarsi da altra quando lo applicarla condurrebbe alla miseria il colpevole: perchè allora sarebbe una confisca indiretta (1). Trovo pure molto saggia la idea del Franck *(philosophie du droit pénal, part. 3)* il quale osservando che la commutazione della pena pecuniaria in carcere, stimata comunemente una necessità indispensabile, è però sempre dura, propone che prima di devenire alla carcerazione del debitore insolvente gli si debba offrire il mezzo di scontare il suo debito mediante giornate di lavoro da prestarsi al Comune.

(1) Barbacovi *de poenis pecuniariis recte adhibendis; de publicatione bonorum, Tridenti* 1810. Un lato nobile e bello alle pene pecuniarie si può dare col costituire delle multe ed ammende un fondo destinato a servire alle indennità da darsi al cittadino che ad onta della sua innocenza riconosciuta di poi sia stato sottoposto ad una condanna od anche ad una processura criminale. Sul quale interessante argomento sono a vedersi Bonneville *de l' amélioration tom.* 2, *pag.* 541; *et append. n.* 9; e il Progetto delle Cortes

Digitized by Google

del 1821 *art.* 182, 183, 184 — Dessalles *sur la détention préventive, la mise au secret, et la réparation des erreurs judiciaires pag.* 72, *Paris* 1863; e la critica che fece di questo scritto De Caze nella sua relazione letta all' Accademia di Tolosa il 3 giugno 1863 (*Annales de l' Académie de Toulouse vol.* 12, *pag.* 199) critica alla quale in molte parti non possiamo aderire. E vedasi la mia nota al §. 858.

§. 693.

Del resto giova tenere presente che la pena pecuniaria deve essere nella legge criminale spogliata sempre da ogni idea d' *indennità,* e distinta da questa. Tale distinzione non è soltanto tecnologica. Essa influisce sulle conseguenze giuridiche del passaggio contro gli *eredi,* della *solidarietà,* e della *responsabilità dei terzi:* cose tutte che se possono ammettersi quando un' ammenda, impropriamente chiamata pena, non sia in sostanza che una refusione di danno; repugnano alla multa che s' irroghi veramente come pena; poichè (sebbene pecuniaria) non però deve cessare di essere *personale.* Circa la *solidarietà* dei condelinquenti vengono in urto due considerazioni diverse. Il pericolo di rendere elusoria la pena col frazionarla a cagione del numero dei rei; e il pericolo di moltiplicarla e crescerla a dismisura per il cresciuto numero dei correi: lo che avverrebbe senza fallo se si ammettesse la *solidarietà* nella multa. Anche per la considerazione di questi due opposti pericoli val dunque meglio rigettarla, e tenere ciascuno dei rei responsabile soltanto della multa che da lui individualmente si deve. Il principio opposto prevale quando l' am-

Digitized by Google

menda sta come refusione d'indennità (1), perchè questa non si aumenta pel numero dei contravventori, e tutti per giustizia debbono esserne solidalmente responsabili. La idea di *pena* che accompagna anche la *multa* riproduce nella medesima la condizione della *personalità*. Laonde, come sostennero virilmente Rauter, Backer *(de poena mulctae pecuniariae, Amstelodami 1849)* Nypels, ed altri, non potrebbesi per principio scientifico ammettere su ciò distinzione tra pena corporale e pecuniaria.

(1) In Atene, ove le condanne pecuniarie furono in grande uso e salirono a somme esorbitantissime, si congiungevano spesso le idee di indennità e di pena, costumandosi in alcuni delitti privati di dividerne il prodotto fra lo Stato e gli offesi dal maleficio: Thonissen *le droit pénal de la république Athénienne chap.* 1, §. 8, *pag.* 129, *Bruxelles* 1875. Grande ancora fu l'uso delle pene pecuniarie presso gli antichi siculi, ed era ben naturale essendo in gran parte della Sicilia colonie Greche che conservarono per secoli le tradizioni e le leggi della madre patria: e colà si mantenne il precetto di proporzionare le pene alla situazione patrimoniale del colpevole. Vedasi l'erudito scritto dell'Avv. Vito La Mantia *Storia della legislazione civile e criminale in Sicilia; epoca antica cap.* 4, *tit.* 2, §. 17 *e segg. pag.* 170, *Palermo* 1858.

CAPITOLO VIII.

Criterii della quantità *delle pene.*

§. 694.

Dall'esame della qualità delle pene si rileva la loro respettiva *quantità naturale;* cioè il rapporto

Digitized by Google

di gravità del patimento che le diverse punizioni arrecano al colpevole. Ciò abilita il legislatore, dopo avere sciolto il problema del *maximum*, a formare la *scala penale:* che così dicesi la distribuzione delle pene ordinata secondo la loro gravità relativa. Ma il criminalista deve nelle pene esaminare ancora la *quantità politica:* cercare cioè in primo luogo quali fra le diverse penalità siano le più *gravi* e quali le più *leggiere:* e quindi studiare le regole secondo le quali la diversa quantità naturale delle pene deve essere distribuita ai diversi delinquenti; avvegnachè la giusta adequazione delle varie pene alle diverse delinquenze sia principio assoluto e supremo nel magistero punitivo. Vedi sopra §. 629 e 649.

§. 695.

Primo oggetto di tale ricerca è quello di determinare la *regola astratta* di proporzione (1) da seguitarsi in cotesta misura. E qui è ormai massima pacifica, almeno nella scienza, che (rejetto il sistema *armonico,* e *geometrico*) la misura delle pene debba ordinarsi sul solo sistema *aritmetico:* quello cioè che prende per criterio di proporzione la sola *quantità* del delitto. La proporzione *geometrica,* che nella misura della pena vorrebbe tenere a calcolo la *condizione personale* del delinquente, fu per lunga stagione dominatrice. Ma è singolare che lo fu con vicenda contradittoria. Perchè della elevata condizione del reo si tenne conto in alcuni luoghi al fine di *aggravare* la pena, per la ragione dell' aumentato danno morale del delitto (2); e in altri luoghi se ne trasse ragione di *diminuire* certe pene per la

Digitized by Google

maggiore sensibilità relativa del delinquente. Ma ammesso che le due osservazioni abbiano un fondo di verità, la conseguenza è che tra loro si elidano; e niente debba aversi riguardo alla condizione del reo, se non in quanto questa operi *per sè stessa* come *qualificante* il delitto.

(1) I popoli primitivi concepirono la idea della *proporzione* della pena al delitto in un senso tutto *materiale:* e vennero al *taglione.* Il taglione, che si dimostra antichissimo per le più remote tradizioni orientali, e quasi universalmente accolto da tutti i popoli primitivi perchè estrinsecazione spontanea dello istinto di vendetta, si espresse con la formula occhio per occhio, mano per mano. La irrazionalità di cotesto criterio punitivo fu con uguale universalità riconosciuta dai popoli civili. Pure non mancò dei suoi lodatori; Coccejus *exercitatio* 37, *vol.* 2: ed anche fra i moderni ve ne ha di tali che esaltando fino al fanatismo la scuola storica, se non osano riproporlo come una bella cosa, pure non celano le loro simpatie. Vedasi Van Thiel *de poena talionis, Lugduni Batavorum* 1757 — Beeldemaker *de talionis jure, Lugduni Batavorum* 1749. E vi sono dei sofisti che giuocando di parole per illudere i gonzi vorrebbero regalarci il taglione, spacciando come dettato indiscutibile della scienza che la pena deve avere col delitto un rapporto qualitativo. Arti prestigiose dei novelli Epimenidi! Non è in questo senso che la si deve intendere oggidì. Qual è la proporzione fra la ingiuria e la multa; fra l' omicidio e la casa di forza? La *proporzione* della pena al delitto non vuole essere intesa come un rapporto *materiale;* ma in un senso tutto psicologico. Non si cerca già una proporzione tra *fatto materiale* e *fatto materiale;* ma tra *effetto morale* e *effetto morale.* L' effetto morale subirà sempre, egli è vero, un certo influsso dall' effetto materiale; e come il danno è il criterio della quantità intrinseca dei delitti, così il patimento mate-

Digitized by Google

riale sarà il criterio della quantità intrinseca della pena. Ma quando vuolsi istituire il rapporto fra quantità e quantità, non è la materialità quella che deve prendersi di mira, per dire vi è giusta *proporzione*. Deve considerarsi la forza morale oggettiva del delitto, ed irrogare una pena che abbia sugli animi forza morale bastante per ristabilire l'ordine conflittando il disordine morale cagionato dal malefizio. Se la proporzione della pena al delitto dovesse desumersi dal criterio *materiale*, la sua misura sarebbe costante in tutti i tempi e per tutti i popoli. Mentre invece è indubitato che più si moralizza un popolo, più può senza pericolo ammollirsi il rigore delle pene, appunto perchè il calcolo del loro rapporto è tutto *morale*. È in questo senso che bene disse Nicolini, il codice penale essere il termometro della civiltà dei popoli.

(2) Questo ne accerta, a modo di esempio, Beaumanoir in ordine alla costumanza di Beauvoisis. La questione sulla giustizia della differenza di penalità, dipendente dalla qualità di nobile o plebeo nel colpevole, si sollevò anche dagli antichi pratici (Sesse *decisiones Aragoniae decis.* 11); quantunque generalmente negli statuti locali delle Repubbliche aristocratiche fosse dominante siffatto criterio. È però incontrastabile che anche la sapienza Romana con la distinzione fra gli *humiliores* e gli *honestiores* urtasse in cotesto scoglio.

§. 696.

La proporzione *aritmetica* risponde alla etimologia della parola *pena*, derivata da *pendere*. La pena non è che un cambio di valori. È la moneta di cui si paga il delitto. *Poena*, disse Papiniano (*leg. 41 ff. de poenis*) *est aestimatio delicti*. Ma questa formula, astrattamente vera, si rese falsa troppo sovente nell'applicazione, per lo errato criterio della *stima*. E questo non potrà mai desumersi da con-

Digitized by Google

dizioni *estrinseche* al delitto, che non ne accrescano nè la *forza fisica,* nè la *forza morale.* Il precetto che la *pena deve essere proporzionata al delitto* si è convertito pur troppo in una formula nebulosa. Tutti vedono la nebbia; tutti dicono la nebbia ci è: ma quando si cerca cosa vi sta dietro, dove l' occhio dell' uno crede scorgere un albero l' occhio di un altro vi vede un campanile. Tutti i criminalisti ripetono che la pena deve essere proporzionata al delitto: concordia universale in codesta formula; ma entrate addentro nel concetto di coloro che la ripetono e vedrete che avete ottenuta la concordia sulla esistenza della nebbia. Ora si è confusa la *proporzione* con l' *analogia,* e l' *analogia* con la *proporzione:* ora si è confusa la *materialità* con la *identità:* ora si è confuso il rapporto dell' *affetto movente* col rapporto dell' *effetto causato:* ora si è confuso il *bene guadagnato* dal colpevole col *nocumento* da lui cagionato: spessissimo poi si è confuso ciò che attiene all' *arte dell' economia penale* con ciò che spetta alla *scienza della ragione punitiva;* e tale miscela è frequente (1). In quanto a me potrà non piacere la mia formula; ma dessa almeno è netta, recisa, e costantemente logica. Io non ravviso indole politica (sia nel delitto sia nella pena) nella mera forza fisica respettiva. La indole politica del delitto (e così la ragione del divieto) io la trovo nella sua *forza morale oggettiva.* Non perchè nuocono ad uno o più si vietano certe azioni, ma perchè inoltre turbano gli animi di tutti, eccitandovi o la emulazione se perversi, o il timore se onesti. La indole politica della pena (e così la ragione della minaccia) io la trovo nella sua *forza morale oggettiva.*

Digitized by Google

Non perchè nuoce al colpevole si irroga la punizione, ma perchè distrugge il turbamento degli animi cagionato dal delitto, e ristabilisce la coscienza della sovranità del diritto e della sua sicurezza nella civile società. La proporzione pertanto tra pena e delitto deve cercarsi nelle respettive forze morali oggettive, nel qual senso la pena è in sostanza una vera riparazione politica. La pena deve avere tanto di forza morale oggettiva, quanta basti a distruggere quella che esercitò il delitto sui cittadini. In questo calcolo le condizioni della natura umana portano spontaneamente ad avere un riguardo alle respettive materialità, in quanto il male morale subisca la proporzione del male materiale. Ma il criterio razionale della proporzione sta tutto nel calcolo dell' azione e della reazione delle due forze morali oggettive. Ogni di meno è insufficiente, e il legislatore manca al suo *dovere:* ogni di più è ingiusto, e il legislatore punisce senza *diritto.*

(1) Il Rapisardi ha pubblicato a Catania nel 1862 un suo disegno di codice penale Italiano: e quantunque egli abbia preso a tipo i soli due codici Sardo e Napoletano, dimenticando che in Italia vi era pure una qualche cosa, come il codice penale Toscano, che avendo richiamato gli elogi dei dotti delle più remote parti di Europa, meritava di non essere dimenticato da un Italiano, pure il suo libro è meritevole in qualche parte di elogio. Ma quando viene alla pena di morte (che *ad onore* d' Italia vuole mantenuta!) egli sostiene che se quattro malfattori ne hanno ucciso uno, è ingiusto ammazzarli tutti e quattro. Il conto è chiaro: quattro vite umane sono più che una vita sola. Questo pensiero, che il dotto Consigliere Cuniac chiamò bizzarro, mostra come si brancoli quando si viene a convertire in una realtà

Digitized by Google

pratica la regola generale che la pena deve essere proporzionata al delitto.

§. 697.

Inania captant coloro che guardano così il delitto come la pena sotto il mero punto di vista della respettiva forza fisica oggettiva. Cercando una eguaglianza impossibile e un rapporto costante tra i mali recati dall' uno o dall' altro di quei due fatti, eccitano desiderii impotenti, e spingono la scienza in un sentiero dove non può raccogliere che disinganni. Lo stesso delitto e la stessa pena per la natura delle cose umane variano incessantemente in ogni loro estrinsecazione nella realtà del male recato. La uccisione di un giovine diciottenne e robusto non reca identico male, non privazione di uguali beni, che la uccisione di un infermo sessagenario: pure in ambo i casi se la uccisione fu per delitto chiamasi omicidio, se fu per pena chiamasi pena di morte: il toglimento di mille lire è insensibile al dovizioso, ed è rovina al padre di famiglia che a stento alimenta con piccola industria una prole numerosa: e sì l' uno come l' altro se vengono operati dal malvagio si chiamano furto di mille lire, e se dal giudice pena pecuniaria: la reclusione a vita ha una differenziale di *dieci* a *sessanta* se infliggesi al giovinetto e al settuagenario: e così di ogni altro esempio. Se si contempla il solo male materialmente recato o dal colpevole nel delinquere, o dalla società nel punire, non può aversi che una uguaglianza ed una proporzione nominale ed effimera; reale ed effettiva giammai. Così il taglione sotto un' apparenza ipocrita di giustizia celava una perpetua ingiustizia.

Digitized by Google

Ma il delitto e la pena non hanno la loro indole politica nel mero effetto materiale: l' uno e l' altro la traggono dalla respettiva *forza morale oggettiva.* Non si punisce perchè un uomo sia *morto*, non perchè i cittadini abbiano sentito *pietà* di quella morte; ma perchè i cittadini hanno palpitato di timore e sentito minorarsi nell' animo loro la opinione della sicurezza. Quindi le due uccisioni che presentano immensa disuguaglianza nella realtà dei danni materiali recati, e immensa nel senso di pietà eccitato in altri, sono uguali nel timore destato; perchè ognuno nella ripetizione del medesimo fatto a proprio danno prevede un male che in quanto a sè è sempre identico (il toglimento della propria vita) e così nell' animo di ogni consociato risulta sempre uguale la forza morale oggettiva di quel delitto, e la forza morale oggettiva di quella pena. Non si punisce perchè il colpevole soffra e col patimento espii la propria colpa o si emendi; si punisce perchè la pena racqueti negli animi guasti la libidine di delinquere, negli onesti la trepidazione. Certamente nè il delitto nè la pena potranno trovarsi forniti di forza morale oggettiva senza il substrato di un danno materiale e del reale toglimento di un bene che genera il respettivo effetto morale; e dentro certi limiti l' effetto morale avrà un rapporto di proporzione con lo effetto materiale. Ma il criterio politico che determina la essenzialità tanto del delitto quanto della pena, è nello effetto morale; ed a cotesto criterio fondamentale deve uniformarsi il criterio misuratore dell' uno e dell' altro fatto. Laonde il rapporto di proporzione che dopo trovata la formula determinante della quantità del delitto da un lato, e della

Digitized by Google

quantità della pena dall' altro lato, si vuole adesso stabilire fra le due quantità poste a confronto, non deve tener dietro alle infinite variabilità dello effetto materiale, ma precipuamente al paragone delle due forze morali oggettive. Non deve minuziosamente guardarsi nel delitto o nella pena quanto abbia patito la vittima o quanto sia per patire il condannato, correndo dietro al fantasma di una uniformità impossibile; deve guardarsi quanto abbia operato il primo o per eccitare o per intimorire i consociati; e deve calcolarsi quanto opererà la seconda per tranquillizzare i medesimi. Nello equilibrio di queste due forze morali deve studiarsi la proporzione fra delitto e pena. Ogni investigazione di materialità a cui non risponda una varietà di forza morale può dare occasione a far pompa di fiori rettorici, ma getta la scienza fra le pastoje e conduce il legislatore a delle utopie pregiudicevoli alla giustizia. Da ciò scaturisce la conclusione seguente. La nozione del delitto procede su' principii assoluti: procede pure su' principii assoluti la nozione della pena in quanto i medesimi interdicano d' irrogare certi mali, o di varcare certi limiti; e così anche la proporzione fra pena e delitto subisce l' impero di principii *assoluti,* i quali esercitano una virtù *negativa* costante. Ma quando della proporzione fra pena e delitto si cerca non più un mero criterio *negativo* ma un criterio *positivo* che detti il *quanto* desiderato, allora si viene nel campo del relativo, perchè il criterio del *quanto* subisce le varietà delle condizioni dei diversi popoli che possono essere rivelate soltanto dalla pubblica opinione: solo giudice competente del modo di sentire di ciascun

Digitized by Google

popolo in ordine alle forze morali oggettive, così del reato come della punizione (1); nell' adequato rapporto delle quali tra loro sta il giusto criterio della proporzione.

(1) Da questa verità scaturiscono le conseguenze che svolsi nel mio scritto *Se la unità sia condizione del giure penale:* negli *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 11, e di nuovo nei miei *Lineamenti, osservazione* 24, *Torino* 1874. La tesi da me ripetutamente sostenuta in quelli scritti non ha ottenuto plauso dai contemporanei, perchè la tendenza del secolo nel campo politico è fanaticamente unitaria, e la rivoluzione francese ha incarnato nelle menti la idea che la unità *politica* abbia bisogno della unità *legislativa* anche nelle materie penali. L' illustre Tolomei *(Diritto e Procedura penale,* 3.ª *Edizione, Padova* 1874) al §. 506 e seg. accettò la mia tesi dove lo stato fosse retto a modo federativo e la respinse quando fosse retto (come egli dice a §. 509) ad unità assoluta. Quanto a me la questione è questione di *giustizia* e non di *politica;* nè posso persuadermi che quella legge la quale è *giusta* oggi per Trieste, divenga *ingiusta* dimani se le vicende politiche aggregano Trieste al Reame di Italia. Il Tolomei ripete con altri che io presi a sostenere questo assunto per impedire il ritorno del carnefice nella mia Toscana. Non negherò che nella mia mente eserciti uno influsso anche questo pericolo. Ciò che io nego si è che il FINE di quelli scritti miei sia quello di impedire il ritorno del carnefice in quella Provincia che seppe da quasi un secolo farne a meno e senza di lui prosperare tranquilla. Quello che io nego però si è che questo sia il FINE del mio lavoro.

La verità è precisamente in senso opposto. Il confronto fra la Toscana (prospera senza pena di morte) e le altre provincie di Italia, nelle quali si vuole asserire (da me no) che la pena di morte è indispensabile e necessaria, fu invece la CAUSA di quella mia opinione. Siamo esatti. Non feci

Digitized by Google

uno scritto o modo di Avvocato per sostenere una differenziale che mi paresse opportuna. A questa accusa non mi sottometto. Fu la differenziale che mi stava dinanzi quella che *generò in me la opinione* da me propugnata nello scritto, non come patrocinio di una buona causa, ma come verità sinceramente creduta. Io annetto grande importanza a questa rettificazione. Posso essere caduto in errore. Ma certo sono di non avere cercato l' errore e di non averlo accarezzato per impulso di spirito partigiano. Io aveva per lunghi anni fermata nella mia coscenza la opinione che la pena di morte in Toscana fosse *ingiusta*. Ora si veniva a dirmi che la pena di morte era *giusta* nelle altre provincie, e che perciò doveva esser *giusta* anche in Toscana. Questa logica non mi persuadeva e mi pareva un sofisma, e di qui ebbero origine quei miei scritti. E persisto a crederlo un sofisma malgrado il dissenso di tanti amici miei che subiscono senza accorgersene la corrente del secolo. Se, per ipotesi, i rettori delle altre parti di Italia credessero necessaria (e perciò giusta) la tortura, la confisca, o la pena del bastone nel rimanente del Regno, non potrei mai persuadermi che fosse buona logica dedurne la conseguenza che la tortura, la confisca e la pena del bastone divenissero giuste ad un tratto ancora fra noi. Finchè la questione della pena di morte (intendasi bene) si mantiene sul suo *vero terreno;* cioè sul punto di vista filosofico rispetto al supremo principio della inviolabilità della vita umana, io convengo che siamo *nello assoluto:* e che per conseguenza ciò che è ingiusto in un paese deve essere ingiusto in tutte le parti del mondo. Ma quando gli odierni opportunisti ricusano di scendere sul terreno filosofico (per me il solo vero) e si trincerano sullo sperimentalismo e sulla pratica asserzione della vantata *necessità,* la questione muta di aspetto, e dallo *assoluto* passa necessariamente nel *relativo;* perchè la necessità *(o convenienza o opportunità)* è un *quid facti,* ed il fatto è sempre mutabile nello spazio e nel tempo. Dunque è forza di logica convenire che se il principio della asserta giustizia

Digitized by Google

della pena di morte è uno *stato di fatto*, come pretendono gli *opportunisti*, e se uno *stato di fatto* è variabile nello *spazio* e nel *tempo*, l' accidentalità di una unione politica non alterando le condizioni di spazio e di tempo non può mutare lo *stato di fatto*; nè rendere *necessario* oggi ciò che jeri *non era necessario*, ed anzi era dannoso. Questo è ciò che è sfuggito ai miei critici: eppure qui sta tutto il nerbo della mia opinione. Ecco in qual senso il dogma della unità di legge penale, che sarebbe verissimo quando si applicasse alle emanazioni di un principio filosofico *assoluto*, diventa un sofisma quando si vuole applicare alle emanazioni di uno *stato di fatto* (supposto stato di *necessità*) che è perpetuamente variabile e *relativo*. Me lo perdonino gli amici miei ma per me ogni applicazione che voglia farsi di un principio *assoluto* a ciò che è *relativo* è sempre un paralogismo. Coerente a questo mio modo di vedere è la distinzione che io faccio nel problema della unità del giure penale fra il *divieto* e la *punizione*. Il *divieto* procede sempre da un principio *assoluto* quale è il *diritto* che si protegge. È un *assoluto* che si proibisca l' omicidio. Ma la *punizione*, guardata non in genere ma nelle specialità di pena, subisce per sua natura le condizioni del *relativo*. E la *relatività* di che parlo non è possibile dimostrare che sparisca ad un tratto, quasi per forza taumaturgica, per un cambiamento di forma politica. Questo io non posso credere, nè sarà mai possibile persuaderlo al mio ribelle intelletto.

§. 698.

Posto tale principio, le regole consequenziali intorno al metodo di trovare cotesta proporzione sono le seguenti:

1.° Nell' adattare la scala delle pene alla scala dei delitti, ordinata pur essa secondo la loro quantità relativa, deve procedersi con moto *discendente*: in-

Digitized by Google

cominciare cioè dalle più atroci delinquenze, ed a queste contrapporre le più gravi punizioni; e di qui passare di grado in grado alle applicazioni inferiori. Riproduco qui questa prima regola in ossequio allo universale insegnamento dei teoristi. Debbo però avvertire che recentemente uno illustre criminalista (il Prof. Pessina) è sorto a denunciarla erronea e ad insegnare la regola opposta. La ragione che di ciò adduce è senza dubbio una verità; vale a dire, essere impossibile *a priori* stabilire quale è il *massimo* dei delitti evenibili; laonde è necessità che in qualche contingenza si avveri lo sconcio che due delitti grandemente *disuguali* siano colpiti con *identica* pena. Ecco le sue parole — *Questa considerazione (La questione della pena di morte, Napoli 1875 pag. 157 e seg.) desunta dalla natura stessa delle cose umane, e dalla necessità di attuare il principio della proporzionalità, mostra come vadano in errore le legislazioni quando formano il parallelismo della scala dei reati, e della scala delle pene col prendere a punti di partenza il* massimo *dei reati e la* massima *delle pene; e come nei codici debbasi prendere la via opposta, cioè muovere dal* minimo *dei reati la cui determinazione è più agevole, e fissare la* minima *delle pene, e procedendo in una gradazione ascendente attemperare ad ogni incremento nella linea del delitto un incremento nella linea della penalità, e lasciar sempre al sommo della scala una pena graduabile, per tener conto appunto di quelle possibili varietà che nella più alta specie di delitto costruita dalla ipotesi legislativa segnano un divario di gravezza maggiore o minore.* A questa rettificazione del co-

Digitized by Google

mune precetto potrà forse obiettarsi che il delitto *minimo* non ha caratteri definibili esclusivi di ogni possibile decremento ulteriore, al modo stesso che il delitto *massimo* non ha caratteri definiti esclusivi di ogni ulteriore incremento possibile di gravità. Ma l' obietto non approda quando rimpetto al delitto giudicato massimo si mantenga la pena di morte che non è graduabile; mentre rimpetto al delitto minimo necessariamente bisogna contraporre una pena infinitamente graduabile. Laonde come argomento contro la pena di morte questa novella teorica del mio esimio Collega è potentissimo, non potendosi eliminare tranne con lo ammettere che sia conforme a giustizia la *sproporzione* delle pene col reato. Seriamente meditata questa divergenza io non sento difficoltà di recedere dal vecchio precetto, quantunque accettato ed insegnato da me pel corso di trenta anni sulle orme di C a r m i g n a n i, e sostituirvi l'opposto insegnamento del sommo filosofo Napoletano. Non curo *quod dixi, sed quod verum est.*

2.° Nello scegliere la *qualità del male* da infliggersi al reo deve cercarsi di agire, per quanto è possibile, sulla passione che lo spinse al delitto, onde privarlo del bene cui col suo stesso delitto ha mostrato di maggiormente appetire (1). Notisi che questa regola non ha niente di comune con la formula della *proporzione* così detta *qualitativa;* con cui un filosofo contemporaneo ha col velame di nuove espressioni, tentato di riprodurre nè più nè meno la dottrina del taglione. Il rapporto tra pena e passione è ben diverso dal rapporto di *qualità* tra *male materiale* della pena, e *male materiale* del delitto.

Digitized by Google

Con la strana teoria della proporzione *qualitativa* si verrebbe (a modo di esempio) nell' *incendio per odio,* che è delitto nocivo alla proprietà, a cercare nel male della pena un male che affligga il reo nella proprietà. Ma l' incendiario agì per furore di odio: e il suo odio si espone senza dolore a dar mille allo Stato, pur di avere impoverito il nemico. In questo senso la teoria della proporzione *qualitativa* è una idea barbara, grossolana, che non solo manca di ragione giuridica, ma è ben anco politicamente viziosa. Il rapporto di *qualità* deve essere fra la pena e la passione impellente. Lo studio della spinta, che noi non credemmo doversi accettare come regolo primario della *misura* di *imputazione,* può dunque porgere elementi apprezzabili nella *scelta* e distribuzione delle *pene.* Dal che s' intende che il presente canone non tanto appartiene allo *stretto gius* che *misura* la quantità della pena, quanto alla *economia penale* che studia i modi (ferma stante la radicale proporzione del castigo) di scegliere nell' applicazione del dolore quella *forma* che meglio agisca sull' animo così del colpevole come dei male inclinati.

3.° Cotesta difficilissima operazione deve sempre essere guidata dal puro criterio della quantità del delitto; senza lasciarsi punto influenzare dalla *difficoltà della prova* di certi delitti. Accrescere la *pena* per la difficoltà di provare il delitto altro non è che vendicarci sul reo della impotenza nostra. E nel tempo stesso, siccome la difficoltà della prova rende più facile un *errore giudiciario,* ciò varrebbe rendere maggiore il male che s' infligge quanto più cresce il pericolo di infliggerlo all' innocente. E se

Digitized by Google

obiettasi che la difficoltà della prova fa restare molte delinquenze impunite, viene ad ammettersi che io soffra un male maggiore per conseguenza del *fatto altrui* (2).

4.° Non deve parimente accattarsi una ragione giuridica di *aumentare* la pena dalla *accidentale frequenza* (3) di alcuni fatti criminosi.

5.° Molto meno può accettarsi come criterio della quantità delle pene la veduta di impedire altri delitti diversi; e più specialmente le *vendette degli offesi.* Questo pensiero, che modernamente credette trovare buona ragione di severe punizioni contro le più piccole ingiurie nel timore che l'offeso non pago di una mite pena ricorresse al duello, è radicalmente falsa ed iniqua; perchè tragge ragione di severità verso il delitto mio dalla supposta volontà in altri (4) di delinquere contro di me: denatura la pena convertendola in una protezione del reo; e riesce per soprappiù inetta nelle sue previsioni e speranze.

(1) Landsberger *de norma poenam crimini constituendi* §. 8 *et seqq. Lipsiae* 1796.

(2) Osservo ancora che accettato questo criterio dovrebbe seguirsi in tutte le sue logiche conseguenze. Per esempio, dovrebbe punirsi *più* il furto di *danaro,* che di oggetti *riconoscibili;* il veneficio con veleno *vegetabile,* di quello con *minerale;* e così via discorrendo.

(3) Questo fu un errore troppo ciecamente accettato da parecchi pratici. Fra questi noterò Caballo, Marsilio, ed altri citati dal Burgo *methodus criminalis de modo procedendi ex abrupto cent.* 1, *quaest.* 61, *Panormi* 1646, i quali dapprima insinuarono il principio che la *frequenza* dei delitti autorizzasse eccezionalità nelle forme procedurali; ma poscia

Digitized by Google

vennero ancora a trovarvi ragione di eccezionalità nella *quantità delle pene.* Con maggior senno il popolo inglese andò in una via tutta opposta quando nell' anno 1832 supplicò con numerose petizioni ed ottenne che si abolisse la morte minacciata per le false cambiali, per la ragione che questo delitto era divenuto paurosamente frequente in faccia alla pena capitale: Dymond *the law on its trial; or personal recollections of the death penalty, London* 1865, *cap.* 2, ove ricorda il fatto di un ricco banchiere inglese il quale chiamato avanti le Assise a riconoscere la firma di una cambiale, ed avendo scorto che era falsa trangugiò il foglio al cospetto del pubblico, e rese così impossibile la condanna a morte. Onore al generoso coraggio, e onore al senno di coloro che invece di arrabbiarsi e perseguitare quell' atto riconobbero che la pubblica opinione comandava l' abolizione della pena di morte contro i falsari. La proposta di abolire la pena di morte nei delitti di falso fu inoltrata nel 1832 da Sir Thomas Denmann Attorney-General: *op. cit. pag.* 29.

(4) Introdotta una volta nel calcolo della quantità delle pene questa empirica considerazione non si limiterebbe il suo influsso al solo confronto fra la ingiuria e il duello ma bisognerebbe dargli una più larga esplicazione. Bisognerebbe punire di galera l' adulterio per timore che il marito, non pago della mera pena del carcere minacciata ai violatori del talamo, corresse al sangue. La logica non transige. Bisognerebbe punire con le verghe i mariuoli che rubano frutti alla campagna, perchè i coloni vedendoli tornare a dare noja ai loro campi dopo uno o due mesi di carcere non se ne liberassero con ammazzarli. Tutta la economia penale sarebbe rovesciata, e non sarebbero più possibili pene miti tranne per i delitti che non offendono alcuno. I delitti gravi si punirebbero con severità per i demeriti del reo: i delitti leggieri per le passioni dei terzi. La giustizia cederebbe la spada alla ciarlataneria.

Digitized by Google

§. 699.

La proposizione che la frequenza dei delitti non debba calcolarsi come ragione di aumento delle penalità ha formato nuovo argomento di divergenze, specialmente dopo che Bentham ebbe insegnato che lo infittirsi di certe delinquenze portava a dovere aumentare il rigore delle punizioni. Tale pensiero aveva già dominato nella mente di troppi legislatori, e n' era derivato il crescente progresso nell' atrocità dei supplizi. Siffatta teoria era logica finchè si procedeva con la visione che la pena non raggiungesse il suo fine se non estirpava il delitto. In quest' ordine d' idee ragionava Vouglans quando diceva che la continuazione del delitto malgrado la minaccia della pena, era la prova apodittica che le pene fin qui adottate erano insufficienti; e che però bisognava accrescerle. Su quest' ordine d' idee correva Ienull quando osservava che la pena rimpetto a colui che aveva delinquito era sempre mite, perchè la minaccia della medesima non avea bastato a frenarlo. Tale osservazione in apparenza vera è nella sostanza inesatta, perchè dimentica che il malvagio non ha commesso il delitto perchè calcolasse di essere *punito poco*, ma perchè sperò di restare impunito. E questa è una verità costante nei delitti *meditati;* quanto è verità costante che nei delitti d' *impeto* lo agente sotto l' impulso della istantanea passione non calcola nè la *gravità* nè la *certezza* del castigo. Se ci ostiniamo a trovare il fine della pena nella cessazione dei delitti non ci arresteremo mai nella crescente se-

Digitized by Google

verità. È vero che per colui che ha delinquito la minaccia della pena fu insufficiente, poichè egli l' ha sprezzata. Ma essa fu però sufficiente per tutti gli altri. E il delinquente non la sprezzò perchè calcolasse di andare in carcere piuttosto che in galera, ma perchè o nell' impeto non vi pensò, o perchè calcolò di non essere scoperto. Laonde col calcolo della impunità avrebbe sprezzato ugualmente un' altra pena quantunque più terribile. Non pareva dunque che la fallace dottrina dell' aumento della pena per l' aumentarsi di certi delitti potesse trovare accoglienza presso quei criminalisti i quali (meglio edotti) avevano reietto il principio della utilità, e il fantasma della intimidazione: come per esempio Trébutien *Cours de droit criminel tom. 1, pag. 32.* Gia fino dai suoi tempi Puffendorf *(jus naturae et gentium lib. 8, cap. 3,* §. *22)* aveva insegnato all' opposto che la frequenza dei delitti valesse come ragione per alleggerire le punizioni (1), dovendosi indulgenza a colui *qui fuit abreptus a torrente similia patrantium.* E ciò che egli ragionava sul principio *morale,* si è riprodotto recentemente dal Professor Veratti anche per ragioni *politiche:* e perchè la moltitudine dei gravemente puniti è di danno alla società, e perchè la soverchia pena contro un delitto frequente si rende sempre più intollerabile che non la soverchia pena contro un reato insolito e raro: e perchè l' eccessivo rigore contro un delitto frequente più facilmente si risolve nella impunità generale. Altri sulle orme di Grozio *(de jure belli lib. 2, cap. 20,* §. *35, Lausannae 1758)* distinse tra l' ufficio del magistrato che nella frequenza di certi delitti, conforme al de-

Digitized by Google

bito che gli corre di calcolare la moralità speciale del fatto, deve trovare una scusa a chi si lasciò trascinare dal malo esempio; e l' ufficio del legislatore, il quale ei volle dovesse per la frequenza accrescere la difesa in ragione del cresciuto pericolo. Carmignani saldamente si oppose alla feroce regola sì per le considerazioni politiche, come per considerazioni di giustizia; la quale non tollera s' irroghi ad un delinquente una pena aggravata per i delitti commessi da altri (2). Se la frequenza accresciuta in certi delitti tenesse dietro ad una correzione legislativa che ne avesse modificato la pena, potrebbe allora l' insolito spesseggiare della infrazione ravvisarsi come un fatto rivelatore di uno sbaglio legislativo, e consigliarne la emenda. Ma tranne questo caso l' aumento occasionale di certe delinquenze deve l' autorità studiarlo e correggerlo nelle sue *cause*. Queste debbono esservi; o in genere nella trascurata vigilanza della polizia; o in specie in certe condizioni eccezionali, quali sono (a modo di esempio) le carestie nei furti, le agitazioni politiche nelle resistenze, e simili. Trovata la piaga, deve curarla con mezzi preventivi, e non ricorrere al facile ma tristo espediente di accrescere le pene, col quale moltiplica il male senza portarvi rimedio (3).

(1) Opinione che fu riprodotta da Puttmann *Probabilium vol.* 2, *cap.* 15, *pag.* 113, *Lipsiae* 1668: Burghart *de poenis pro frequentia delictorum temperandis, Lipsiae* 1775: lavoro identico riprodotto sotto due titoli.

(2) Molto acutamente ha poi osservato Tissot (*Introduction à l' etude du droit pénal, Paris* 1874, *pag.* 9)

Digitized by Google

che il precetto dell' aumento della pena per la frequenza dei delitti è totalmente *empirico*, e perciò arbitrario ed inaccettabile come norma legislativa —. *Si vos lois pénales peuvent être suffisamment sévères, bien qu' elles soient affrontées par un certain nombre d' hommes, pourquoi ne le seraient-elles pas, si ce nombre est un peu plus grand? En d' autres termes: il n' est pas possible de décider si les peines édictées sont suffisamment fortes, en partant du nombre des délits commis, que ce nombre soit pris absolument ou qu' il soit comparé à celui de la population. Il n' y a rien là d' absolu, rien qui puisse fournir un point de départ assuré. Tant donc qu' on n' aura pas prouvé que des lois pénales, pour être suffisamment répressives, ne doivent être affrontées que par tel nombre de coupables et non par tel autre, sur une population donnée, je ne pourrai voir dans tout ce qui se débitera sur la necessité de les rendre plus sévères, que des tirades d' une éloquence plus ou moins estimable, mais aucune idée nette et qui soit de nature à guider le législateur.* L' osservazione è senza replica. L' unico criterio positivo possibile sarebbe quello della *maggioranza*. Quando su mille cittadini di un paese più di cinquecento avessero affrontato la pena commettendo il delitto, si potrebbe dire dimostrata la insufficienza della pena. Ma poichè è di necessità assoluta che ogni pena, quantunque severa, si affronti da un numero di cittadini o per impeto di passione o per fiducia di evitarla, la differenziale dei venti più o dei venti meno nello alternarsi delle situazioni sociali è una accidentalità irrilevante.

(3) Epilogando la nostra opinione su questo grave argomento della *proporzione fra la pena e il delitto*, che tutti proclamano dover essere una verità come *proposizione generale*, ma che poscia tutti intendono a modo loro quando trattasi di applicarla, noi diciamo che la proporzione delle pene ai delitti — 1.° Non si deve cercare nel *taglione* — 2.° Non si deve cercare nella *proporzione qualitativa* —

Digitized by Google

3.° Non nella *analogia*, la quale accese i roghi in Europa — 4.° Non nella *prevenzione*, che conduce alle mutilazioni — 5.° Non nella *difficoltà della prova*, che aumenta i pericoli della innocenza — 6.° Non nella *frequenza dei delitti*, che rende aberrante la pena — 7.° Non nella *condizione personale* del delinquente — 8.° Non rilasciarsi all' *arbitrio* del giudice — 9.° Deve cercarsi la *spinta* criminosa per la scelta della *qualità*, ma non sempre della *quantità* della pena — 10.° Deve la *quantità* proporzionale delle pene misurarsi unicamente sulla *forza morale oggettiva del delitto*. Questa ultima è, per opinione nostra, la unica formula che mantiene il giure punitivo nel servigio della difesa senza condurlo a manomettere la giustizia e la umanità. Una nuova formula suggerisce Tissot nell' opera testè citata *lib.* 3, *cap.* 3, *pag.* 344. Secondo lui la pena è nella giusta proporzione col delitto quando offre tanto quanto basta a *correggere* il delinquente. Questa formula però è insufficiente. Infatti lo stesso Tissot concorda che in molti casi la *difesa del diritto* esige che si irroghi un male maggiore di quello che basterebbe a correggere il delinquente. Ma egli soggiunge che questo *di più* non si irrogherebbe a titolo di *pena*, ma a titolo di *prevenzione*. Le parole saranno esatte, ma la sostanza?

CAPITOLO IX.

Criterii del grado *nella pena.*

§. 700.

La degradazione della quantità speciale di un *fatto* delittuoso operata dalla eccezionale deficienza o diminuzione di alcuna delle sue *forze*, che costituisce una causa *minorante* la imputazione (§. 207 e segg.) porta seco per dovere di giustizia una di-

Digitized by Google

minuzione anche nella pena. In cotesti casi per altro la degradazione non nasce dagli elementi della *pena,* ma dagli elementi della *delinquenza* considerata nelle sue *individuali* condizioni. Si minora la *imputazione;* e la modificazione della pena non è che un necessario conseguente di tale minorazione. La teorica del *grado* in ordine alla *pena* porta invece ad esaminare quelle cause di modificare il castigo che derivano puramente dalle *condizioni* e dal *fine della pena.* Cosicchè questa teorica presuppone che possa rimanere nel caso speciale *inalterata la quantità del delitto* e niente degradata la sua individualità, e quantunque la imputazione rimanga nello stato normale debba ciò non ostante alterarsi la misura ordinaria del male che per regola sarebbe destinato a quella specie. Presuppone (in una parola) o almeno lo ammette, che il *fatto criminoso* esaurisca *in sè* tutti i momenti morali e fisici per meritare la pena *ordinaria;* ma pure sorgano *cause* che impongano di modificare la *pena ordinaria* benchè non siano modificati i caratteri della delinquenza nè materiali, nè psicologici (1).

(1) Questa è la teorica della scuola ontologica italiana: teorica netta, positiva, che elimina ogni confusione ed ogni equivoco: teorica che peraltro non si vuole intendere dai Francesi e dai Gallomani; i quali si ostinano a proclamare l'assurdo che le *attenuanti la pena* esprimono sempre una *minore colpabilità.* Per noi questa è una eresia, può un giudicabile essere favorito anche da sei e da dieci attenuanti senza che la sua *colpabilità* si modifichi di un atomo. Vedasi §. 2270 e la nota.

Digitized by Google

§. 701.

Tali cause possono discendere dai due caratteri della pena; di essere essa uno strumento di *bene politico*, e di dovere rappresentare quella adequata quantità di *male* da patirsi dal delinquente, che il legislatore credette congruo a giustizia lo infliggere. Le prime si dicono cause *estrinseche*, o *politiche:* le seconde possono dirsi *intrinseche* alla pena, o *giuridiche*.

Alcune di queste cause portano ad una semplice *modificazione*, o *commutazione* di pena. Altre possono spingere la efficacia loro fino al punto di far *cessare* ogni penalità benchè meritata.

§. 702.

La differenza fra il grado del delitto e il grado della pena, non è sempre bene avvertita da molti criminalisti, in special modo oltremonte (1); dove, o siasi data la cognizione delle circostanze attenuanti allo indefinito arbitrio del giudice, come in Francia (2); o siasi subordinato cotesto arbitrio alle definizioni della legge, come in Spagna e nel progetto Portoghese; sempre però nel fascio delle *circostanze attenuanti* si è confuso ciò che modifica la imputazione con ciò che modifica la pena. Di qui ne nacque una divergenza notevole tra scuola e scuola, e ne nacque poi una inesatta ed inadequata valutazione delle scuse speciali; ora ingiustamente reiette, ora ingiustamente accettate senza debite limitazioni. A tacere di altro basti osservare

Digitized by Google

che se le cause di scusa si ammettono senza tenere dinanzi agli occhi questa importantissima distinzione, ne consegue che una data causa che ha la sua ragione soltanto nella *qualità* della pena si ammetterà o si negherà in faccia a qualunque specie di pena; e ciò condurrà sì nell'uno come nell'altro caso alla ingiustizia. Laddove osservata con scrupolosa esattezza la distinzione della scuola italiana, si dovrà dire quando la delinquenza non è diminuita nelle sue forze che la *imputazione* resta nella sua pienezza: e passando poscia a considerare la pena destinata per quella delinquenza *nel suo relativo* con la persona del delinquente, o con certe *politiche considerazioni*, trovarsi una ragione o di giustizia o di convenienza per modificare il male che rappresenta la pena ordinaria. Spiegherò la idea di questa distinzione con un confronto. Ordinato un lavoro ad un operaio si calcola il valore della opera in sè, e le si dà il prezzo che merita in sè stessa: ecco un calcolo analogo al calcolo della quantità nei delitti. Ma se l'operaio usò nel lavoro intelligenza minore o lasciò il lavoro imperfetto, ciò gli si valuta per pagarlo al di sotto della quantità ordinaria del valore di quell'opera; ecco l'analogia col grado nel delitto. Ma se all'operaio si dà qualche cosa di più del valore ordinario perchè è povero, perchè ha famiglia, per benemerenza di altri servigi, per il calcolo di potere avvantaggiarci altrimenti con la sua benevolenza: ecco l'analogia col grado nella pena. La opera è la istessa: ha lo istesso intrinseco valore di ogni altra simile. Se per quei riguardi alla persona, o per quelle vedute nostre, si dà all'operaio di più; o se gli si dà invece di

Digitized by Google

meno perchè abbiamo a lui fatto precedenti servigi, o per altra qualsiasi considerazione personale che non influisca sul valore intrinseco dell'opera, si procede precisamente come procede la legge quando per accidentalità esteriori al delitto aumenta o diminuisce la pena in due fatti che intrinsecamente avrebbero uguale valore. Il grado nella pena non cambia nè il titolo, nè la quantità, nè il grado del delitto. Fa sì che la pena, la quale è il prezzo con cui la società paga il delitto, debba modificarsi per ragioni di mero rapporto con l' individuo delinquente, sebbene il valore del delitto non si modifichi.

(1) Così Sarrau de Boynet ha pubblicato a Parigi nel 1875 un trattato molto diffuso sotto il titolo *des excuses légales en droit pénal.* Questo libro, che ha il suo merito per qualche utile osservazione in alcuna delle sue parti, riproduce nel suo insieme sotto la formula generale di *scuse* la solita confusione. E di questa confusione ne dà prova il suo capitolo 2 dei *preliminari,* dove impegnatosi a rintracciare *l' origine delle scuse legali,* ricerca che egli avverte essersi omessa da tutti, conclude che l' origine delle scuse legali *est toute francaise, et ne date que du mois de fevrier* 1810. Il positivismo di questo lavoro si rivela mercè questa conclusione. Dove si crede trovare osservazioni filosofiche non si trova spesso che una ripetizione del diritto positivo. Il diritto criminale in Francia non farà grandi progressi finchè corre per questa via.

(2) Ciò riconduce la quantità politica della pena alla *proporzione armonica ;* la quale appunto consiste nel rilasciare del tutto allo illimitato arbitrio del giudice il porre in armonia la quantità della pena con ciascun malefizio. È nello stato presente della dottrina una questione altrettanto vitale quanto controversa quella relativa alla convenienza di accor-

Digitized by Google

dare ai giudici (o magistrati o giurati) la facoltà di abbassare la pena al disotto della misura ordinaria per il concorso di *circostanze attenuanti* senza previa definizione della legge, secondo il sistema introdotto in Francia il 1810 con l' art. 463; ed ivi allargato nella riforma del 1832; ed imitato in qualche codice Italiano, e portato alla più larga applicazione dal codice di Brema. Questo sistema si lodò caldamente da Mittermajer *(Eco dei Tribunali n.* 1340) e da Lambert *(Philosophie de la Cour d' Assises, Paris* 1861, *pag.* 85-87) e generalmente dai moderni Francesi che ne sono teneri per la empirica veduta di diradare i verodetti di non colpabilità. Fu invece combattuto aspramente da Feuerbach perchè distruttivo della forza morale oggettiva della pena; e da Lipmann, perchè in virtù del medesimo l' autorità giudiciaria invade l' autorità legislativa. Si vedano gli *Annales de l' Académie de Toulouse année* 1865, *pag.* 97-98. I sostenitori delle attenuanti indefinite che non si appagano della sola veduta di facilitare la condanna tentano appoggiarle sopra un principio razionale mercè le due proposizioni — 1.ª Che giustizia vuole si proporzioni la pena alla criminalità subiettiva — 2.ª Che la criminalità subiettiva non può valutarsi *a priori* dalla legge, ma si può soltanto dal giudice che vede innanzi a sè il subietto attivo del malefizio. La esperienza peraltro fa assai dubitare se i giurati nello ammettere o negare le attenuanti giudichino *l' uomo del delitto* o *l' uomo della udienza* che seppe impietosirli con le arti sue, o li irritò col suo contegno: lo che converte in una mera ipotesi lo asserto giudizio della criminalità subiettiva. Oltre a ciò è tuttora un problema scientifico se veramente la legge sia impotente a *definire a priori* con grandi tratti le differenze della *criminalità subiettiva*. A questa elaborazione si è allargata la via con la radicale distinzione fra la *quantità* del delitto, la quale dipende dalla considerazione *obiettiva*, e il *grado* del delitto che dipende dalla considerazione *subiettiva*. La difficoltà che oggi si teme in ordine al *grado* si temette in antico anche in ordine alla *quantità*, e si diede ai vecchi

Digitized by Google

giudici la indefinita balìa per *esasperare* le pene che oggi vuol darsi ai giurati per *alleviarle*. Ma il progresso della scienza abilitò i legislatori a definire tutte le aggravanti che aumentano la quantità dei diversi malefizi, e il sistema barbaro delle *esasperanti ad arbitrium* potè abolirsi per sempre senza pericolo della giustizia. Perchè non potrà egli farsi altrettanto delle degradanti? Uno studio analitico e coscienzioso di queste ne persuade la possibilità. L' unico punto che rimane tuttora ambiguo è quello del calcolo degli *affetti* considerati come escusanti. Ma da che nasce ciò? Nasce dalla divergenza che tuttora rimane fra i *psichiatri* ed i *giuristi*, perchè i secondi non vogliono accettare le dottrine dei primi intorno a certi stati dell' animo che i psichiatri vogliono per regola doversi ammettere come modificanti la imputazione: ed a tale discordia provvide il codice Toscano con l' art. 64. Ma qui appunto è dove la coscienza si trova ferita nella contemplazione dello stato attuale della giustizia in Europa. È un fatto che dove non vige il sistema delle attenuanti la dottrina dei *giuristi* regola solo le pene; mentre nei paesi dove è ammesso il sistema delle *attenuanti libere* è pure un fatto che prevale la dottrina dei *psichiatri*, la quale trova maggiori simpatie appo i giurati non legisti. Ora questo stato di contradizione in cui versa la giustizia pratica nelle varie nazioni della civile Europa è desso più a lungo tollerabile dalla scienza, e non sarebbe invece suo debito di farlo cessare con un oracolo definitivo? Ma tornando alla formula della *criminalità subiettiva* che si asserisce *imprevedibile a priori* dalla legge, io che raramente mi appago di asserti vaghi e nebulosi vorrei che i sostenitori di quella tesi dessero a quella formula una realtà concreta mediante esemplificazioni, ed oso pensare che essi non riuscirebbero ad oppormi un solo esempio il quale non potesse ricondursi sotto un dettato prestabilito dalla legge, purchè questa eviti il vizioso metodo delle definizioni materiali. La dimostrazione di questo mio assunto non è compatibile col ristretto ambito di una nota; ma certo è che in Toscana si è per lunghi anni amministrata buona

Digitized by Google

giustizia sotto il codice del 1853 senza bisogno delle attenuanti arbitrarie. La ragione *vera* a cui si appoggia questo novello sistema non è dunque a cercarsi nella formula della *criminalità subiettiva*, la quale porta a confondere l' uomo del giorno del delitto con l' uomo del giorno della udienza: la sola ragione *vera* è quella (rimpetto ai giurati) di *facilitare le condanne:* ma è questa una ragione *giusta?*

CAPITOLO X.

Cause politiche *o* estrinseche *di modificare la pena.*

§. 703.

L' ultimo fine del punire è il bene sociale. Quando pertanto circostanze speciali dimostrino che l' applicare l' ordinario rigore della pena in un dato caso, quantunque *consentaneo a giustizia,* produrrebbe alla società un danno maggiore di quello non le derivi dal lasciare impunito o dal punir meno quel reo, nasce un conflitto fra la esigenza della rigorosa giustizia e le esigenze dell' ordine esterno. Sarebbe *giusto* applicare la pena ordinaria; ma ciò recherebbe un disordine maggiore di quello che nascerà dall' omettere o moderare la punizione.

§. 704.

Se la ragione di punire avesse a suo fondamento la giustizia assoluta, questa dovrebbe farsi perisse il mondo: se il fine della pena fosse la espiazione, questa dovrebbe essere impreteribile. Ma la giusti-

Digitized by Google

zia non è che un criterio *limitativo* del giure penale (§. 612). Il suo fondamento è la *tutela* del diritto: ed in ogni opera di difesa entra sempre il calcolo comparativo del male maggiore e del male minore. Il suo fine *immediato* è il *ristabilimento dell' ordine;* e quando l'ordine completo non può per ragioni umane ottenersi, l' *ordine sta nel disordine minore.* Dunque il bene maggiore dei consociati può essere causa di deflettere dal rigore della giustizia: e da questo fonte medesimo può nascere una serie di cause che si dicono *estrinseche* alla pena; le quali impongono la cessazione, o la modificazione della medesima per ragioni che sono inerenti piuttosto al suo ultimo *fine*, ed al suo *fine* immediato nel tempo stesso, anzichè alla sua *natura.*

§. 705.

La giustizia sarebbe ferita quando sotto il pretesto di pubblico bene si aumentasse, oltre il suo prescritto, la pena; perchè in quella sta il *limite* del diritto di punire. Ma non si offende nel caso inverso; appunto perchè essa non è che un *limite:* essa cioè interviene nel magistero penale onde *impedire* che si punisca dove essa lo vieta; ma non per *imporre* che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponde il bisogno della tutela giuridica, o l' obbedirvi espone a pericoli maggiori il diritto che si vuole proteggere.

§. 706.

Da ciò è chiaro che possono esservi cause *politiche* (o estrinseche) di *diminuire* la pena; ma non

Digitized by Google

possono ammettersi cause *politiche* di *aumentarla. Politica non può mai vincer giustizia* a fine di punire di più: *politica può vincer giustizia a fine di punir meno,* perchè la *giustizia astratta* non è più *giustizia sociale* quando cagiona disordine.

§. 707.

Queste cause politiche si dividono naturalmente in due categorie: e fu a mio credere una disavvertenza del Carmignani il farne una sola classe. Siffatta suddivisione deriva dalla potenza o impotenza in cui versa la legge di prevederle *a priori.* Fermo nel principio che la legge deve, per quanto è possibile, regolare in antecedenza tutti i casi che essa può prevedere, penso che a questo grande dovere la legge debba uniformarsi anche in ordine a quelle cause politiche che per la condizione loro possono prevedersi, delinearsi, e definirsi a caratteri pronunciati; e così consegnarsi la loro cognizione ed applicazione al giudizio prudente del magistrato, diretto dalle prestabilite disposizioni della legge. Ma per quanto possa desiderarsi in questa materia la esclusione dell' arbitrio dell' uomo, non sempre può ottenersi. Perciò vi sono delle cause politiche la cognizione delle quali, nè può dalla legge prestabilirsi con regole certe, nè può affidarsi al giudizio del magistrato; perchè dipendono da condizioni variabilissime, e da condizioni attenenti all' alta politica.

Digitized by Google

§. 708.

Di qui la necessità di formare due distinte categorie di codeste cause. L'una che io chiamo — serie delle cause *indeterminabili* dalla legge. Queste inevitabilmente ricadono sotto il *diritto di grazia.* Diritto sovrano (1), in ordine al quale la scienza può dare dei suggerimenti generali, ma che non può limitarsi *a priori* dalla legge. È il potere esecutivo quello che deve in ogni singolo caso verificare, e valutare la convenienza del suo esercizio. L' altra che chiamo — serie delle cause *determinabili* dalla legge. In questa serie non cade lo esercizio del diritto di grazia, non cade arbitrio nè di principe, nè di magistrato; tutto è preordinato dalla legge: la quale si è determinata ad accogliere siffatte mitiganti non per ragioni di *giustizia,* ma per ragioni di *pubblica utilità.* Essendo così ordinate dalla legge parrebbe che venissero sotto cotesto rapporto ad avere il carattere di cause *giuridiche.* Pure le mantengo col Carmignani nella classe delle estrinseche o *politiche,* perchè tale è la loro genesi razionale.

(1) Il giure pubblico odierno non esita a riconoscere nel diritto di graziare i delinquenti una pertinenza esclusiva della sovranità. Nei tempi di mezzo questo diritto, entro certi limiti, si esercitò ancora da persone che non avevano una sovranità autocrate, e persino da certe corporazioni religiose. È a vedersi la monografia pubblicata dal dottissimo Molinier sotto il titolo *Notice historique sur le droit d' accorder des grâces aux criminels dont jouissaient autrefois le chapitre de la Cathédrale de Rouen et les Évêques d' Or-*

Digitized by Google

leans, Toulouse 1870. Il privilegio di grazia del Vescovo d' Orleans fu esercitato per la ultima volta nel 1784, e quello del capitolo di Rouen nel 1790.

PRIMA SERIE

Cause politiche indeterminabili *dalla legge.*

§. 709.

Perchè la cognizione di certe circostanze che rendono conveniente modificare od anche togliere del tutto la pena meritata da un colpevole, si riserbi al *potere esecutivo* esercente il diritto di grazia, le medesime debbono (1) avere un carattere *straordinario,* tutto accidentale e proprio di quella specialità e delle condizioni del paese, dei suoi bisogni o di cento altre considerazioni, alle quali non può permettersi che il magistrato levi lo sguardo, e non è possibile che il legislatore con un dettato generale spinga antecedentemente le sue previsioni. Enumerarle dunque è impossibile per la stessa ragione dello esser loro. Si ammettono (a modo di esempio) dai dottori, e si enunciano come ragioni possibili di trovare conveniente l' esercizio del diritto di grazia i *meriti* del delinquente (2), il *timore di tumulti,* la *moltitudine dei colpevoli,* il *bisogno* che abbia del delinquente la patria, o i *servigi* a lei prestati, ed altre consimili.

(1) Con questa espressione non intendesi già d' insegnare che riconosciuto ed ammesso dalla legge fondamentale il diritto di grazia, possano poi apporsi dei limiti al suo esercizio:

Digitized by Google

intendesi insegnare la opposta regola che i giudici non possano conoscere di quelle circostanze straordinarie che sono riservate al giudizio grazioso del principe. Certamente però questo giudizio è insindacabile, ed il principe può valutare come ragione di grazia anche quelle circostanze che deferite dalla legge alla cognizione dei magistrati non si sono da questi valutate o si sono valutate inadequatamente: nè potrebbe oggi riprodursi la opinione che non si possa far grazia al reo quando non è *confitente:* Parisio *lib. 4, cons. 1, n. 69.* Pure fra i giureconsulti spagnuoli anche contemporanei vige la regola che la legge possa limitare a certe condizioni il diritto sovrano di grazia, e ne adducono in esempio una legge delle *Partidas* che negava alla Corona il diritto di far grazia a quei delinquenti che non avessero ottenuto il perdono dell' offeso. Vedasi anche Sanfelice *vol. 1, decis. 53, Lugduni* 1675; e Caldero *decis. 35.* Questa era in quei tempi una tradizione della idea della vendetta privata nella punizione de' reati; ma non mancano anche tra noi dei giuristi i quali opinino che nei delitti di *azione privata* la grazia del principe non debba ammettersi come modo estintivo della pena. In quanto a me anche in tali delitti considero il diritto degli offesi come meramente negativo o *impeditivo,* non mai come un vero diritto *punitivo.*

(2) Sui *meriti* del delinquente dissertò elegantemente Puttmann *Prolusio, an et quatenus reor. in Rempub. merito in causis servandae poenae memoranda sint, Lipsiae* 1788; riprodotta negli *opusc. crim. Lipsiae* 1789 *opusc.* 11. — Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 68, *pag.* 128, *Venetiis* 1724 — Catalano *tractatus criminalis pag.* 232, *n.* 4: e sulla moltitudine dei colpevoli Maradei *observ.* 2, *Neapoli* 1704. Singolare era la costumanza degli antichi Persiani ricordata da Brissonio *de regno Persarum (in eius opera minora pag.* 476) che mai dovesse punirsi un uomo per un solo delitto da lui commesso, ma dovesse guardarsi lo insieme della sua vita e compensando le buone opere con le cattive, allora soltanto dovesse irrogarsi la pena

Digitized by Google

quando queste traboccassero sopra di quelle. E ricorda pure che Dario dopo avere condannato un uomo alla morte venne a rammentarsi mentre quello era condotto al patibolo di alcune azioni virtuose da lui compite, e ne ordinò la liberazione.

§. 710.

Molto fu scritto contro il *diritto di grazia* da Beccaria, Pastoret, Barbeyrac, Bernardi, Filangieri, Bentham, Bavoux, Kant, Livingston, ed altri moderni. Ma i loro obietti furono combattuti: e il diritto di grazia si è mantenuto ovunque malgrado la mossagli guerra; e può riuscire utilissimo quando sia razionalmente esercitato.

§. 711.

La *grazia* appartiene al *potere esecutivo*. Essa è ben diversa dall'*amnistia* (1) o *indulto*, che appartiene al *potere legislativo*. Questa, più *generale* nelle sue *cause* e più *pingue* nei suoi *effetti*, non estingue soltanto la *pena*, ma *cancella il delitto*. Tale concetto è nella stessa etimologia della parola *amnistia — oblivio*.

(1) Sulle differenze fra la *grazia* e l'*amnistia* vedasi Herrmann *de abolition. criminum ac sentent. jur. Rom. Lipsiae* 1834 — Steck *osservation. subcesivar. specim. Halae* 1779, *cap.* 13 *de amnestia* — Engelbrecht *observationum observat.* 57, *Lipsiae* 1748 — Bertauld *cours de code pénal, Paris* 1859, *leçon* 21 — Legoux *du droit de grâce en France, Paris* 1865 — Arcos Orodea *estu-*

Digitized by Google

dio sobre la regia prerogativa de indulto, inserito nella *Escuela del derecho vol.* 5, *pag.* 64. Sono scisse le opinioni dei pubblicisti. Hello *(diritto costituzionale part.* 2, *tit.* 1, *cap.* 2, *sez.* 10, §. 1) insegna differire in questo dal diritto di grazia la potestà di dare amnistia, che la medesima spetti esclusivamente al potere legislativo. E questa opinione è teoricamente la più esatta perchè l' amnistia non è veramente che una deroga alla legge nella sua vita e nella sua attività, ed una invasione del potere giudiciario al quale troncasi il corso con inversione di poteri; essendochè se il potere legislativo sovrasta per sua natura al potere giudiciario al quale impone le regole di condotta, il potere giudiciario deve alla sua volta sovrastare in un bene ordinato governo al potere esecutivo il quale non deve essere che il ministro della legge e del giudice. Qualunque inversione di questa gerarchia, per la quale il potere esecutivo pretenda dominare il potere giudiciario, è sempre una violazione alle guarentigie di un regime costituzionale. Hélie *(instruction criminelle* §. 195) sostenne invece che il diritto di grazia includesse il diritto di amnistia: egli osservò che l' amnistia non è che una *grazia anticipata* la quale deriva dal medesimo *fonte,* essendo un tratto di clemenza; ma il primo di questi argomenti non consiste che in parole, e il primo ed il secondo provano troppo, e perciò sono viziosi del peggior vizio che ad un argomento possa obiettarsi. Se il Re dimani emette un decreto col quale ordina che in avvenire i furti non siano più perseguitati, dovrà dirsi che anche questa è una *grazia anticipata,* e che è un tratto di clemenza verso i poveri bisognosi: ma nella sostanza è una deroga alla legge tanto il dire non si puniscono più i furti commessi finqui, quanto il dire non si puniscono più i furti che si commetteranno nel 1876. Con la seconda formula si deroga alla legge nella parte *proibitiva* e *sanzionatrice:* con la prima formula si deroga soltanto alla parte *sanzionatrice* e non alla *proibitiva.* Più aderenti alla esattezza delle deduzioni giuridiche e nel tempo stesso ossequenti alle necessità

Digitized by Google

della politica furono coloro (Dalloz, *mot amnistie, n.* 23) che riconoscendo nel potere legislativo il diritto di amnistia dissero che il medesimo doveva considerarsi come *delegato tacitamente* dal potere legislativo al Re, perchè il solo potere esecutivo è in grado di conoscere i bisogni della Nazione che per servizio della pubblica pace comandano siano coperti di oblio certi fatti. Questa è ragione solida. Per quanto si abbiano a cuore le franchigie costituzionali bisogna ammettere che in certi momenti di suprema necessità le medesime tacciano, ed il capo dello stato provvegga alla urgenza. Anche quei fieri Repubblicani di Roma riconobbero tale necessità. È per ciò che la prima opinione, sebbene teoricamente più vera, non ebbe praticamente fortunata accoglienza. Ed ormai la giurisprudenza ha stabilito come punto incontestabile di giure pubblico che le amnistie si accordino dal Re. Dalloz *mot amnistie n.* 3 — Casanova *diritto costituzionale vol.* 2, *pag.* 49, *edizione Cammelli, Firenze* 1869. In Italia la delega del potere di amnistia si è fatta non tacitamente ma espressamente dall' art. 830 del codice di procedura penale. Altra questione si fa ancora in proposito dell' amnistia per determinare se competa facoltà di concederla nei delitti che non si perseguitano tranne ad istanza di parte; ed è un arduo problema. Non è poi disputabile che l' amnistia o pronunziata dal Re o dal Parlamento, essendo sempre una *legge*, la sua interpretazione sempre spetti al potere giudiciario, e che le decisioni dei tribunali acquistino autorità di giurisprudenza, come bene insegnò Paoli nell' aureo suo libro che ha per titolo *Studii di Giurisprudenza comparata cap.* 13, *pag.* 134. Neppure è disputabile che alle amnistie debba darsi dai tribunali la più larga *interpetrazione* possibile: Cassazione di Firenze decreto dell' 11 novembre 1868, ed altro del 15 luglio 1868: *Annali Italiani vol.* 2, *part.* 1, *pag.* 149 — Nicolini *procedura penale* §. 934. Onde amnistiato il fatto principale devono intendersi amnistiati anche i reati accessorii che gli hanno servito di *mezzo* (Hélie §. 197) quantunque non designati nella amnistia. Del qual principio

Digitized by Google

notabile applicazione fu fatta a pro di un renitente alla leva che per isfuggirla aveva prodotto un falso certificato: Merlin *Répertoire, mot amnistie:* Cassazione di Parigi 7 gennajo 1809; 4 maggio e 19 luglio 1810. Fra i vecchi pratici fuvvi chi volle distinguere fra *indulto* e *abolizione* dicendo doversi interpetrare *latamente* il primo, e *strettamente* la seconda: e fuvvi chi sollevò la questione (riprodottasi oggi fra le Corti Italiane) se l'amnistia potesse estendersi ai delitti non ancora venuti in cognizione della giustizia; *nondum delata.* E si pretese che no, per argomento dalla *l.* 2, *C. de abolitionibus;* e dalla regola *voluntas non trahitur ad incognita,* osservando non potersi presumere che il Principe volesse la abolizione di delitti che non poteva conoscere perchè tuttavia ignoti alla giustizia; ma il sofisma di questa obiezione si rilevò da Catalano *tractatus criminalis fol.* 353, *cap.* 8, *n.* 5, *et cap.* 2, *n.* 75, e dagli autori ivi citati.

SECONDA SERIE

Cause politiche determinabili *dalla legge.*

§. 712.

Appartengono a questa serie tutte quelle circostanze che procedono da certe condizioni *uniformi* del rapporto della pena col pubblico bene; e appunto perchè *uniformi* sono definibili *a priori.* Queste debbono prendersi in esame dal *potere legislativo;* e quando si credono ammissibili, sanzionate come *regola costante* dalla legge generale, debbono rimettersi ai magistrati per la loro applicazione. Tale è la *quietanza* dell'offeso nei delitti di azione privata (1). Tale è, per la dottrina dei pratici, la *confessione del reo* tempestiva e utile alla giustizia. Tale è la *prescrizione* della *pena.*

Digitized by Google

(1) La *quietanza* del leso si novera fra i modi politici, perchè se in certi casi (come nell' adulterio) si concede alla remissione dell' offeso l' autorità di far cessare la pena, non è per un principio di giustizia ma per riguardi di pubblico ordine. In alcuni dei vecchi statuti d' Italia trovossi pure noverata fra le cause di minorare la pena la *spontanea dedizione dei contumaci* nelle mani della giustizia. E tale pensiero si è riprodotto in Italia in alcuni editti contemporanei. Siffatta causa dove si valutò era evidentemente *determinata* dalla legge *a priori*, ed era non *giuridica*, ma *politica*. Non giuridica, perchè la pena ordinaria non si altera nelle sue proporzioni verso lo individuo mercè la sua volontaria presentazione, ma *politica*, perchè la legge stima prudente lo ammetterla per diminuire il numero dei facinorosi latitanti, i quali sono sempre un pericolo di nuovi delitti, e per rendere più pronta la pena e più rara la sua elusione. Quindi simili dettati legislativi sono sempre una implicita confessione della impotenza dell' autorità ad ottenere l' arresto dei nemici sociali. Ed è perciò che noi li troviamo appunto nei vecchi statuti del secolo XV e XVI quando bene si sa come fossero sanguinose e continue le lotte fra birri e banditi, e li ritroviamo poi ai nostri tempi nelle leggi sul brigantaggio per le stesse ragioni. Identiche cagioni spingono sempre l' uomo ad identici fatti. Ma in tempi normali ed in uno Stato tranquillo non è buona questa promessa di scusa, che in sostanza è una transazione coi delinquenti, la quale da governi deboli si vide trent' anni addietro portata fino al punto di assicurare uno stipendio ai masnadieri per farli cessare: cose tutte deplorabili! Soltanto può per buona giustizia ammettersi che il giudice entro i limiti della pena *relativamente determinata* usi benignamente della latitudine che gli accorda la legge ravvisando nella spontanea dedizione un segno di resipiscenza. Chi avrebbe il cuore di applicare la pena di morte ad un colpevole che venne ultroneo e confitente ad offrire la sua testa alla giustizia! La spontanea dedizione se per altro non può, come regola generale, aversi

Digitized by Google

come causa diminuente la pena, deve per disposizione di legge valutarsi come causa di diminuire al giudicabile gli aggravi della procedura; per esempio la carcerazione preventiva. Non può allegarsi timore di *fuga* in odio a colui che spontaneo si consegnò alla giustizia.

§. 713.

Carmignani attribuì indistintamente al potere esecutivo la cognizione di tutte le cause estrinseche. Per lui non ve n'era alcuna fra queste, che potesse formare oggetto di misure legislative generali. E con quest'ordine d'idee enumerò fra le cause di grazia anche la *prescrizione della pena*, e la *confessione del reo*. Ma negando che la prescrizione della pena dovesse ammettersi per legge generale, andò contro la opinione di molti autorevoli criminalisti, e seguitò la dottrina prevalente in Toscana. Negando poi che ai magistrati si potesse dalla legge affidare la diminuente della *confessione*, non solo andò contro la dottrina dei pratici, ma contrariò eziandio la pratica universale accolta ai suoi tempi in Toscana. Fino al 1853 fu regola inconcussa delle nostre osservanze giudiciali che il giudice dovesse ad un condannato valutare a disgravio la spontanea confessione che fosse stata *utile* alla giustizia. A diritto costituendo vi è molto da dire in ambedue i sensi su tale argomento. Da un lato repugna che la legge dica in precedenza che quando un accusato confesserà a danno proprio o dei complici, avrà uno sgravio di pena. Questo dettato apparisce una transazione col delitto: il senso morale di alcuni se ne offende, e ne teme un incentivo alle

Digitized by Google

scelleraggini. Dall' altro lato è un fatto che se la utilità politica può tenersi come giusta ragione per ammollire a riguardo di lei alcun poco il rigore della pena, questa utilità derivante dalla confessione di un accusato, non può nè raggiungersi nè congruamente valutarsi ove la cognizione della *spontaneità* e della *importanza* di una confessione giudiciale non si deferisca ai magistrati, in faccia ai quali si agita il processo. Essi soli, consultando la loro coscienza, sono in grado di dire se dove fosse loro mancata quella confessione, si sarebbero o no trovati nella necessità di assolvere. Cosicchè riportando questa causa diminuente fra le cause di grazia sovrana si denatura e si rende meno proficua, perchè la incertezza della sua valutazione affievolisce lo allettamento alla confessione spontanea. La utilità politica di tale diminuente sta in questo: data la certezza che per difetto di prova si sarebbe dovuto assolvere, è meglio che si punisca quantunque si punisca meno, di quello non punir niente e dovere assolvere un colpevole (1). Ammettendo sotto questo punto di vista la diminuente della confessione, noi aderiamo strettamente al nostro principio della *tutela giuridica.* La formula *utilità politica,* che qui adoperiamo, non è altro che la *utilità* di mantenere la *protezione* del *diritto.* La quale in ultima analisi è meglio ottenuta col punir *meno,* che col punire niente (2). D' altronde l' apparente immoralità di questo allettamento politico alla denuncia non è così flagrante come nel caso dei *decreti d' impunità* che giustamente oggidì si riprovano da tutti, e viene temperata dalla condanna che va a colpire (benchè più mite) il colpevole confitente. La pub-

Digitized by Google

blica morale si adatta con simpatia a veder trattato con più benignità il confitente; sì perchè la confessione stessa, quando è a proprio pericolo, è arra di resipiscenza; sì perchè il pubblico calcola che senza la confessione la giustizia sarebbe stata delusa; sì perchè questa idea si connette col sommo principio religioso della redenzione del peccatore. In queste ultime considerazioni i seguaci della moderna dottrina correzionalista trovano la ragione determinante di ammettere questa scusa. Io non valuto queste ragioni come fondamento della sua ammissione: ma solo come valida repulsa all' obietto della immoralità di ammetterla. Il principio fondamentale della sua ammissione lo trovo bastante nel servigio che presta alla tutela giuridica. Io non posso approvare il progetto Portoghese che avrebbe posto fra le circostanze *aggravanti* della pena la *negativa* del reo. Aggravamento vuol dire quantità maggiore di punizione. Quantità maggiore di punizione non può aversi senza supporre una quantità maggiore di colpa. Ora supporre nella negativa del reo una colpa speciale è una crudeltà che va a ritroso degli impulsi spesso insuperabili della umana natura. Non mi soscriverei dunque a chi volesse dire, si aggravi la pena al reo negativo: ma non troverò difficoltà a soscrivermi a chi dice, si attenui la pena al reo che utilmente confessa. Queste divergenze di ragioni e di modi non sono mere sottigliezze od inutili tenacità di formule: risalgono ai grandi principii dominatori della scienza; e ne discendono poi nella pratica svariatissime ed importanti conseguenze.

Digitized by Google

(1) Questa ragione che domina il codice Austriaco (art. 46 let. h) non è stata valutata in altri codici moderni (come il progetto Portoghese art. 66 n. 2) i quali ammettendo la diminuente della confessione, o *utile* o *no* alla giustizia, vi hanno mescolato il riguardo alla *resipiscenza;* mentre forse talvolta può essere indizio di apatia verso la pena ordinaria. Di questo fenomeno ne abbiamo esempi in coloro che intolleranti delle vessazioni della polizia o dei cruciati della miseria commettono un piccolo delitto al fine appunto di denunciarsi e trovare asilo nella prigione.

(2) Questa causa di mitigare la pena si respinse da parecchi, fra i quali Muller *de causis mitigandi poenam in delictis, Coburgi* 1776; che al §. 19 la noverò fra quelle che egli chiama *mitiganti spurie;* ma senza contemplarla sotto il punto di vista della sua utilità alla giustizia che è la unica vera ragione per ammetterla. Ma le divergenze intorno a questa e ad altre attenuanti in certe condizioni ammissibili nacquero generalmente dallo errore di unificare le *attenuanti la pena* con le *minoranti della imputazione:* lo che portando a respinger quelle dove non concorrevano queste, venne per necessità logica a cancellarle tutte ed a gettarle in un fascio alla balìa della grazia sovrana. A Carmignani si deve il merito di avere enucleato la differenza essenziale che intercede fra le une e le altre cause, quantunque alla teorica da lui acutamente insegnata non desse tutto lo svolgimento che per buona logica ne dovea derivare. Del resto la dottrina che la confessione utile alla giustizia dovesse valutarsi a diminuire la pena fu comune. La sanzionò la legge Salica: la sanzionò espressamente l'antico Statuto Lucchese, *lib. 3, cap.* 8, ed altri Statuti Italiani — Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 20 — Sanfelice *vol.* 2, *decis.* 234 — Forti *Conclusioni pag.* 151. Ma ai tempi della tortura distinguevasi fra confessione emessa fra i tormenti e confessione emessa dopo superati i tormenti: Staffel *an ob spontaneam delinquentis post tormenta superata confessionem, poena ordinaria locum habeat, Lipsiae* 1769.

Digitized by Google

§. 714.

La prescrizione della *pena* ha dato ai criminalisti argomento di grave disputa: diversamente risoluta dai diversi legislatori. A molti scrittori (1) (dei quali fu antesignano il Bentham divenuto ad un tratto moralista) pare brutta cosa che un codice prometta dopo un numero di anni la impunità ad un colpevole, riconosciuto tale *per condanna* di tribunale: e quasi prometta un premio alla inobbedienza, alla scaltra latitanza, od alla fuga dal carcere.

(1) Contro il sistema della prescrizione in penale dissertò calorosamente Henkel *Utrum delictorum poenae praescriptione in foro recte tollantur, nec ne, Vitebergae* 1793. È assai più facile persuadere la inammissibilità della prescrizione sia dell'azione sia della pena, di quello che ammettendola render ragione così nell' una come nell' altra dello schifoso sistema della *interruzione* arbitraria. In quanto a me posto nel bivio della scelta aderirei più volentieri a non ammetterla mai, di quello che ad ammetterla o non ammetterla secondo che piace al capriccio del pubblico Ufficiale. O le ragioni per ammetterla sono buone, e la penna di un accusatore non può farle cessare: o non sono buone, e deve rigettarsi sempre e per tutti. Evvi per altro una differenziale da calcolare fra pena e pena. Quando trattasi di pena di morte genera repugnanza il pensiero di recidere il capo ad un uomo di sessant' anni in esecuzione di una condanna incorsa da lui quando aveva venti anni. Al contrario quando trattasi di pene restrittive l' argomento della presunta dimenticanza del delitto prova troppo, finchè si accettano le pene perpetue: perchè se il presunto oblio della colpa libera dalla galera colui che dopo la condanna ha passato trent' anni nello

Digitized by Google

esilio o nella latitanza, non sa comprendersi perchè questo presunto oblio non debba liberare il colpevole che dopo la condanna ha passato trent' anni in galera. La unica risposta possibile contro questa obiezione può soltanto arguirsi dalla differenziale fra pena che è tuttavia da eseguire e continuazione di pena già eseguita. Vedasi anche Langlaeus *Semestrium lib.* 12, *cap.* 1, *pag.* 709 — Ravius *Principia universae doctrinae de praescriptione, cum notis Eichmanni* §. 151 *et seqq.;* e la eruditissima dissertazione del Riedel *De praescriptione criminum, Berolini* 1831, *per tot.;* e quanto alla interruzione vedilo al *cap.* 5. Dove si ammette il sistema della interruzione sia per la prescrizione dell' *azione,* sia per la prescrizione della *pena,* nasce il dubbio se abbiano virtù d' interrompere gli atti di persecuzione eseguiti all' estero: e questo dubbio si esaminò da Thézard nella *Revue critique tom.* 28, *pag.* 376. Ciò che vi ha di concorde nelle dottrine odierne si è che quantunque si ammetta per la diversa *natura* e *gravità* dei reati una differenza nel tempo necessario a prescrivere, più non si riconoscono i così detti delitti *imprescrittibili;* vale a dire *eccettuati* in perpetuo da questo benefizio per la loro atrocità: lo che come procedesse in antico lo insegna Puttmann *Adversariorum vol.* 1, *cap.* 7. La diversità dei termini dipendente dalla diversa natura dei reati fa nascere eziandio l'altra interessantissima questione relativa a decidere se per gli effetti della prescrizione la *natura* del reato debbasi definire secondo il *titolo proposto dall' accusa,* oppure secondo *il titolo accettato in una sentenza contumaciale;* oppure secondo il titolo che *in ultimo* sia risultato come solo conforme alla *verità delle cose:* questione agitata in Francia e tra noi. E l' altra del pari controversa dei termini da applicarsi ai reati dei quali in ragione di una *scusa* si modifica il *titolo* apparente: Morin *art.* 7944, *et art.* 9029.

Digitized by Google

§. 715.

La prescrizione dell' *azione* è, secondo questa dottrina, tollerabile perchè si è incerti della reità, mancando la giudiciale pronunzia. I cittadini dubitano se quell' uomo sia un colpevole fortunato, o una vittima infelice di un ingiusto sospetto: e conviene estinguere un' *azione* che si tenne così a lungo inoperosa, e che vorrebbe ripristinarsi quando il tempo ha reso più ardua la cognizione del vero. Ma prescrivere la *pena* dopochè il delitto fu reso certo per decreto di magistrato, è (dicono) un volgere a danno irreparabile della società la incuria (1) dei suoi ufficiali; è un confessare la debolezza della legge; è un insulto alla morale; è un trionfo scandaloso della scelleraggine (2).

(1) La prescrizione della pena fu assai male sostenuta e difesa da coloro che pretesero trovarle un fondamento nella *presunzione di abbandono* per parte del pubblico Ministero. Questo può essere un buon criterio quando si tratta di prescrivere l' *azione privata*, perchè il privato ha nei suoi *diritti* di agire o di non agire, e tale diritto è in lui facoltativo. Ma il pubblico Ministero più che il diritto ha il *dovere* di esercitare l' azione e di fare eseguire le condanne: e se talvolta crede di non esercitare un' azione, egli non se ne astiene perchè ciò creda essere nelle sue *facoltà*, ma perchè essendo giudice dei propri *doveri* ritiene che in quel caso a lui non corra il *dovere* di agire. Parlare di *presunto abbandono* (o sia *rinunzia*) per parte del pubblico Ministero, è un errore gravissimo, è un vero assurdo. Con ciò si pone il pubblico Ministero al disopra della legge che è sovrana di lui come di ogni altro cittadino. Bisogna essere ciecamente

Digitized by Google

idolatri di quell' uffizio per lasciarsi abbagliare da siffatti sofismi. Ma se la prescrizione della pena è stata difesa con tre argomenti falsi (che tali sono il *presunto abbandono*, la *presunta espiazione*, e il *possesso d' impunità*) troppo si corre quando per una non infrequente allucinazione, si crede di avere demolito una dottrina tostochè si sono combattuti alcuni falsi argomenti coi quali imprudentemente si voleva difendere. A sostenere la prescrizione della pena rimane il quarto argomento della *cessazione del suo fine:* e a questo non si risponde, e basta per tutti. La prescrizione della pena guardata nella vera sua essenza giuridica e secondo le esattissime idee dei Romani, non è altro che la prescrizione della *actio judicati.* La nomenclatura moderna sostituisce in questa distinzione alla esattezza una iperbole. Dal delitto nasce l' *azione* a provocare la *condanna* di un delinquente: dalla sentenza di condanna nasce l' *azione* ad ottenere la *esecuzione* della condanna. Sia pur diversa la genesi prossima e diverso l' obiettivo immediato, sono sempre due *azioni*, due estrinsecazioni della *attività* di due *diritti diversi;* il diritto di fare giudicare e condannare, e il diritto di fare applicare la pena con eseguire la sentenza. Cosa vuol dire *prescrivere la pena?* Quale è il senso giuridico di questa formula? Meno male si fosse detto *prescrivere la condanna*, la quale aveva per suo contenuto il diritto e l' azione esecutiva. Ma se *prescrivere* vuol dire *estinguere*, come si può estinguere la *pena* che non è anche nata? Altra inesattezza sarebbe pure quella di chi a sostegno della prescrizione della pena invocasse la regola insegnata da molti pratici *poenae ob temporis post delictum longitudine mitigantur:* Hartmann Pistor *observat.* 61, *Francofurti et Lipsiae* 1679. Con ciò si confonderebbe una *diminuente* con la prescrizione che è *dirimente.* Ma il corso del *tempo* considerato come semplice diminuente la pena, quantunque nulla abbia che fare con la *prescrizione*, perchè in questa estingue l' *azione esecutiva*, ed in quella ne modifica soltanto gli effetti, merita pure speciali osservazioni. E le merita in quei casi nei quali per espressa di-

Digitized by Google

sposizione delle leggi positive sia interdetto di applicare certe pene dopo un determinato intervallo di tempo. Di siffatto provvedimento si hanno esempi nei codici contemporanei in ordine alla *pena di morte*. Anche questa causa è dunque determinabile dalla legge *a priori*; ed è causa politica, perchè a buona ragione si calcola che lo effetto della strage di un uomo, quantunque colpevole, sarà nel pubblico la universale pietà quando il tempo ha affievolito l' orrore per il delitto. La legge che questa causa contempli è oltremodo savia e lodevole; e non dovrebbero dimenticarla coloro che si vantano seguaci della abolizione progressiva, se lealmente fossero tali. Il codice di Vaud del 1843 all' art. 60 dispone — *Lorsq' un délit emporte la peine de mort, et que trois années se sont écoulées sans que le jugement ait été prononcé, la peine est commuée en celle de trente ans de réclusion.* Il pensiero di questo codice si completa col successivo articolo 62 — ivi — *La peine de mort n' est pas exécutoire contre le coupable qui l' a encourue — 1. Lorsque ce coupable était âgé de moins de vingt ans, au moment où il a commis le délit — 2. Lorsqu' il est âgé de soixante et dix ans ou plus, au moment du jugement ou de l' exécution* (ed ecco l' età che non minora la imputazione, ma minora la pena, §. 228) — 4.° *Lorsque trois années se sont écoulées dès le jour où le délit a été commis, sans que le jugement ait été exécuté.* Questo chiamasi volere essere abolizionisti progressivi di buona fede, e non per ipocrisia. Nè posso tacere il terzo caso di questo articolo dove la donna incinta condannata a morte ha di pieno diritto la commutazione in 30 anni di reclusione. E questo si chiama essere umani sinceramente. Tale non è la regola che dilaziona la esecuzione a dopo il parto. Situazione orribile che il figlio venga alla luce per fare suonare l' ora fatale alla madre. Questa sospensione fu detta *umana* ma a torto. Essa era *giusta* per non uccidere lo innocente (gran virtù!) ma dirla umana è un abuso di parole, perchè non è *umano* l' opporsi ad un atto *ingiusto*.

Digitized by Google

È un fare ipocritamente pompa di lottare per la equità mentre si lotta rigidamente per il diritto. Il codice di Vaud risparmia alla donna inciuta il regalo di questa agonia: non la uccide per causa di *giustizia* perchè il *diritto* non tollera si dia morte ad un innocente; ma di più commuta la pena alla donna per un riguardo di *umanità* onde non porla nella situazione di accelerare lo scatto della mannaja sul proprio collo negli sforzi che ella farà per dare un cittadino alla patria. I nostri Licurghi si stringano nelle spalle a questi esempi; e dicano, ripara a tutto la grazia, come ad altre occasioni dissero, riparano a tutto le attenuanti. Ma allora (ripeterò loro) perchè fate un codice penale? Perchè vi vantate di voler fare un codice progressivo?

(2) Evvi un caso nel quale gli argomenti contro la *prescrizione della pena* presentano una speciale solidità: ed è il caso di colui che dopo avere cominciato a subire la pena siasi sottratto alla medesima mediante evasione dal carcere. In questa ipotesi può dirsi con tutta verità che la prescrizione e il condono siano un premio accordato alla scelleraggine, un premio accordato al delitto di evasione. Non vi è dubbio che il caso della evasione presenta termini eccezionali, e che la certezza di potere prescrivere la pena sia un incentivo temibile alla evasione. Questa specialità peraltro non basta a respingere la regola generale. Potrebbe farsene una limitazione alla medesima; o tutto al più provvedervi nelle speciali disposizioni di un codice relativo alla pena della evasione (nei casi nei quali vi è applicabile una pena) infliggendo come penalità accessoria la non prescrittibilità della pena che si stava espiando dallo evaso. Ma se lo evaso prescrivendo la pena può dirsi ottenere un premio del suo delitto, non può ripetersi lo stesso di tutti gli altri, perchè sottrarsi in altro modo alla pena incorsa non è delitto, ma esercizio incensurabile della naturale libertà.

Digitized by Google

§. 716.

Altri invece (Puffendorf, Dunod, Trébutien, Mesnard, Haus, Villeret) non hanno guardato che al *fine* della pena. Quando il delitto e la condanna sono dimenticati (hanno essi detto) il disordine è cessato: la pena che si irroghi è senza scopo; essa non ha altro effetto morale che quello di eccitare la pietà. Volete voi mandare a morte un uomo di 60 anni per un delitto che commise all'età di 20? Il dramma della pena si svolge agli occhi di una generazione per la quale il dramma del delitto non è più che un fatto storico. Questa è la ragione più solida a cui si appoggi la prescrizione della *pena* (1). La formula della prescrizione derivata dal *possesso di impunità* è empirica. Il possesso di uno stato contrario alla legge non può avere efficacia giuridica.

(1) Su tali principj si ragionano le disposizioni di alcuni codici che nel lasso del tempo ravvisano una causa di minorare, o degradare certe speciali penalità. Così il codice di Vaud (vedi sopra la nota 1 a §. 715) stabilisce all'art. 77 che la pena di morte si prescrive in tre anni, surrogandola con un trentennio di reclusione. Singolare era una disposizione delle *Partidas* di Spagna (leg. 7, tit. 29, part. 7) che decretava che quando un inquisito fosse stato per ragione della procedura detenuto per 2 anni senza che ancora si fosse inviato a sentenza, dovesse dichiararsi assoluto dalla legge. Tale disposizione sembra si ragionasse sulla presunzione che colui a carico del quale in due anni di ricerche non aveva il Giudice potuto costatare il delitto, fosse innocente.

Digitized by Google

§. 717.

Altri (Le Sellyer, Rodière, Zillebeecke, Hélie, Boitard, Hoorebecke, ec.) aggiungono ancora che la giustizia deve chiamarsi paga delle angoscie che il condannato ha sofferto nella lunga sua latitanza. Osservazione che non mi sembra nè positiva, nè coerente ai principii. Essa si fonda sopra una astrazione filosofica; sopra una presunzione che può fallire: e non dà ragione giuridica di sè stessa, tranne appo chi nella pena cerchi la espiazione morale. Pure è forse la ragione più popolare: e forse è il suo stesso vizio di essere una ragione morale, quello che la rende popolare. Avvegnachè sia un fatto notevole che in diritto penale tutti si credono autorizzati a sedere a scranna, e pronunciare opinione. Poeti, filosofi, giornalisti, teologi, romanzieri, medici, tutti ragionano ex professo in giure penale. Ma perchè ciò? Appunto perchè ne falsano il concetto, o compenetrandolo con la legge morale pura, che è a portata di tutti, o coordinandolo al tornaconto politico, che ciascuno si crede in grado di misurare. È questa forse la ragione per cui spesso acquistano popolarità certe massime che trasportate dal campo della morale o della politica, sotto la severa critica del diritto si veggono a colpo d'occhio o giuridicamente erronee, o fallaci (1). Sotto il punto di vista giuridico le ragioni del *possesso* d'impunità, e della presunta *espiazione* morale non sono che parole: la ragione della difficoltà della prova non ha valore in faccia ad una rejudicata, qual'è la sentenza condennatoria proferita in

Digitized by Google

contraddittorio del reo. Sicchè il solido argomento sul quale può adagiarsi la prescrizione della *pena*, è solo questo, che decorso un lasso di anni dopo la condanna la sua esecuzione manca di *esemplarità*.

(1) La prescrizione della *pena* veniva in Roma ad essere inclusa nella generale prescrizione della *actio ex judicato* che si consumava in trenta anni: Hoorebecke *pag.* 8 — Villeret *de la prescription* §. 21. Fra le leggi dette barbariche, non pare si trovi traccia di prescrizione di *pena*. È certo che i Visigoti ammisero la prescrizione dell' *azione;* si contrasta fra Bertauld e Villeret se la fosse ammessa nei capitolari di Carlo Magno. Risorto l' impero del diritto romano si ammise generalmente la prescrizione dell' *azione* col lasso di 20 anni, ridotto a meno pei delitti minori. Solo la ordinanza di Luigi XIV del 1670 dichiarò imprescrittibile il *duello*, e lo zelo di alcuni dottori pretese di estendere la imprescrittibilità anche alla *lesa maestà:* così Jousse, e Vouglans. Ma in proposito di prescrizione di *pena* non si trovano disposizioni speciali neppure nella Carolina.

Fra i codici moderni la prescrizione della *pena* si ammette dal codice di Sassonia, di Wurtemberg, di Turingia, di Brunswick, di Francia, di Napoli; dal codice Sardo, dal codice di Modena, e dal progetto Portoghese art. 174, e dal codice Belga art. 91 e segg. Non si ammette dal codice di Prussia, e del Brasile, nè dal codice Toscano.

§. 718.

Gli argomenti sono gravi per una parte e per l' altra; e forse la disputa vuol essere risoluta con distinzioni prudenti. Ma in genere una prescrizione della *pena* si deve ammettere, come dai più si ammette. Osservo poi che nelle condanne *contumaciali*, quando non hanno fatto passaggio in cosa giudicata,

Digitized by Google

esige la logica (se si ammette la prescrizione dell' *azione,* e per tutte le ragioni per cui la prescrizione dell' azione si ammette) che si ammetta anche la prescrizione della pena. Infatti se si vuol essere coerenti alle ragioni supreme di giustizia per cui si accetta la *prescrizione dell' azione,* non si può (a parer mio) ammettere la teoria della interruzione di cotesta prescrizione, la quale rende cotesto provvedimento puramente facoltativo nel pubblico accusatore. Perlochè la prescrizione dell' *azione* non dovendo, a parer mio, cessare altro che per la sentenza contumaciale, e questa cadendo per la costituzione del condannato in contumacia, la prescrizione dell' azione decorsa dopo la sentenza contumaciale osta al nuovo giudizio che *ex integro* dovrebbe farsi; come insegna Nicolini *proc. pen. p. 3, n. 1237.* Lo che deve condurre ad ammettere più facilmente anche la prescrizione della pena inflitta per sentenza contradittoria. La massima che fa cessare la prescrizione dell' azione per la sentenza *contumaciale,* rende elusorio quel modo di prescrizione, e conduce a tutti gl' inconvenienti pregiudicevoli alla innocenza, pei quali si ammette da tutti che *l' azione penale* debba avere un termine prescrittivo. Comprendesi facilmente che questa osservazione rivela essere noi contrarii al sistema della *interruzione* della prescrizione dell' *azione.* Molti insegnarono e stabilirono che l' *azione penale* potesse durare anche 50 anni, e più, purchè l' ufficiale inquirente o accusatore ne avesse *interrotto* la prescrizione con qualche *atto di istruzione* eseguito ad intervalli a piacer suo. Ecco in primo luogo posto nel libero *arbitrio* di un uomo lasciare prescrivere

Digitized by Google

o no un' azione penale contro cui gli piace: primo abuso. Poi è chiaro che cotesta idea è figlia di una erronea illazione dal giure civile. Ma la prescrizione penale, no, non è, come la civile, ragionata sulla protezione dei vigilanti e punizione dei negligenti. Ridicolo sarebbe che per punire la negligenza di un giudice, si liberasse un colpevole, e si lasciasse indifesa la società. Tali idee non hanno niente di comune con la legge penale.

Le ragioni della prescrizione dell' *azione* sono due. — 1.° Il *cessato interesse sociale* alla punizione — 2.° Il pericolo che l' innocente *non possa difendersi* pel ritardato esercizio dell' azione. Ma nessuna di queste due ragioni conduce alla dottrina della *interruzione*. Non la prima: perchè gli atti di *istruzione* di un giudice non tengono vivo quell' interesse sociale alla pena, che si suppone eliminato dal lasso del tempo. Non la seconda ragione, benchè su questa appunto siasi voluta argomentare la *interruzione*. Si è detto che quando gli atti d' istruzione sono stati di periodo in periodo continuati, colui che si vegga chiamato in giustizia per l' accusa di un delitto di 20 o 30 anni addietro, non può più dire che si è pregiudicato col tardivo richiamo, perchè ha scordato i fatti, o sono morti i testimonj, o sono periti i documenti che chiarivano la sua innocenza. Gli atti continuati contro di lui (si dice) dovevano tenerlo sveglio, e doveva perciò serbarsi in grado di far le sue difese ad ogni chiamata. Dunque gli atti instruttorii intermedii fanno cessare la ragione della prescrizione dell' azione. Ma questo argomento non toglie in primo luogo i pericoli della morte di testimonii, ed altri casi ne-

Digitized by Google

fasti alla difesa. In secondo luogo esso parte da un *falso supposto:* ed è che gli atti instruttorii per aver forza *interruttiva* debbano essere legalmente notiziati al reo. Or questo nelle legislazioni che ammettono la *interruzione,* assolutamente non è. Gli atti interrompono benchè fatti contro *persona incerta;* interrompono benchè *non notiziati* al reo, interrompono contro *tutti* benchè notiziati ad *un solo.* Dunque l' argomento è effimero. Nè può dirsi che doveva essere cura del colpevole informarsi se il processo continuavasi o no: perchè tale obietto pecca evidentemente della petizione di principio della colpevolezza dell'accusato (1). Identiche ragioni conducono a dubitare della forza interruttiva anche della sentenza *contumaciale,* perchè se la sentenza contumaciale può veramente dirsi non essersi dovuta ignorare dal reo quando era *presente* in paese, ciò non corre altrettanto in caso di *assenza* innocente. Dell' assenza di un onesto uomo possono profittare maligni per accusarlo di un delitto falso. E se costui dopo 15 anni di peregrinazioni in terre lontane torna in patria, trovasi evidentemente in quelle stesse difficoltà, in cui si trova colui cui si obietti un delitto che per 10 o 15 anni e più non ha formato soggetto di alcuna investigazione. L' argomento è delicatissimo, e non ancora esaminato quanto vorrebbe.

Certo è che questo metodo irragionevole e barbaro di concedere balìa allo accusatore di prolungare a talento suo indefinitamente l' azione penale e farla durare anche 60 anni interrompendone il corso con successivi atti di procedura, è una novità del presente secolo recata innanzi dalle leggi Napoleoniche sul nudo appoggio della analogia con la

Digitized by Google

prescrizione civile; analogia che è radicalmente sofistica. Nei miei *pensieri sul Progetto di codice (Firenze 1874)* al *capitolo 10* ho dimostrato che la interruzione per atti di procedura nelle materie criminali non si ammetteva nel diritto Romano, nè nelle vecchie pratiche (2), e mai si ammise neppure nella antica Francia, dove anche oggidì i criminalisti che preferiscono al positivismo i sacri dettati della ragione riprovano questo sistema come una enormità insensata e crudele; careggiata soltanto da chi ama prostituire il giure punitivo col farne un' arme di partito politico.

(1) La futilità di questa obiezione è intuitiva quando si ricordi che per le regole accolte nel sistema della *interruzione*, la prescrizione s' interrompe anche in un processo iniziato *contro incogniti* e che può durare anche 10 anni sempre contro incogniti. Vi vuole un bel coraggio per affermare che il cittadino *doveva sapere* che un processo s' instruiva *contro di lui* e prepararsi le difese, quando neppure gli ufficiali della giustizia *sapevano* ancora di fare un processo contro di *lui*. Il sistema della *interruzione* per atti di procedura si è dimostrato irragionevole anche da Dimitry de Glinka, *philosophie du droit, Paris* 1863, *pag.* 113, 115. Ma egli con altri trova un' altra causa d' interruzione nel *delitto commesso posteriormente*. Ravvisando nella *emenda* il fine della pena, e nella *presunta emenda* il cardine della prescrizione, si viene per buona logica a questa conseguenza di negare in perpetuo la prescrizione a colui che continui a commettere delinquenze. Tale sistema fu seguitato dal codice di Wurtemberg, e da altri. Questa interruzione (adottata anche dal codice di Bolivia, art. 159, del Perù, art. 105, n. 2, dei Grigioni, §. 58, e delle Isole Jonie art. 154) ha almeno un principio ragionevole. Ma lo ha egli altrettanto la opinione di

Digitized by Google

coloro che ravvisando una interruzione (anzichè una mera sospensione) nella *demenza* sopraggiunta allo accusato dopo lo appostogli delitto, la pietà verso un infelice chiuso in un manicomio esercitano col dichiarargli perpetua la guerra della società? Per ben calcolare quali siano gli effetti sinistri ed iniqui del sistema della interruzione vedasi Blanche *deuxième étude art.* 64, *n.* 192, *et suiv.*

(2) Magistralmente la illazione dal civile al criminale dello interrompimento per atti di procedura si combatte dal Sesse nelle sue *decisiones Aragonenses decis.* 432, dove col corredo di numerosi dottori e con ripetuti esempi delle pratiche Spagnuole, dimostra che la prescrizione ventennale dell' azione di omicidio si interrompe soltanto con la citazione a giudizio in faccia al giudice competente. Piacemi riprodurre di questo scrittore (fra le molte ragioni che invoca a sostegno della sua tesi) la seguente osservazione: *n.* 16 — ivi — *et tandem quia hac via succurritur fraudibus, quibus possent innocentes puniri si solo appellitu erga reum iudici oblato perpetuaretur actio criminalis, et impediretur cursus praescriptionis, posset enim de facile accusator differre dolose, et malitiose accusationem, et etiam vindicare, donec reo bona fide viventi suae defensionis copia morte testium, vel eorundem oblivione, et absentia tractu temporis subtraeretur, ne ergo eveniat innocentes puniri, aequum erit nocentes transacto illo tempore non posse accusari.* Si vedano ancora i miei *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 13.

CAPITOLO XI.

Cause giuridiche *o* intrinseche *di modificare la pena.*

§. 719.

La pena deve essere *un male* pel delinquente: e deve essere quella data *quantità di male* che il le-

Digitized by Google

gislatore ravvisa sufficiente a proteggere il diritto, senza eccedere la proporzione con la quantità delle respettive delinquenze. I calcoli del legislatore sono istituiti su questo rapporto. Ma il rapporto può *variare;* ed allora deve modificarsi, od anco cessare la pena (1).

(1) Una causa di mitigazione di pene si volle ravvisare come dipendente non dalle condizioni speciali dello individuo delinquente ma dalle condizioni generali di costumi e di clima in una Provincia rispetto ad altra Provincia; e questo argomento si trattò con eleganza ed erudizione da Drieling *de eo quid valeant natura et vis coeli ad indolem populorum temperandam criminumque poenas definiendas, Trajecti ad Rhenum* 1803. Tali considerazioni peraltro non appellano alla teorica del *grado* nella pena, ma bensì alla generale determinazione della *quantità* delle pene nella formazione di un codice, e richiamano quello che in siffatto punto di vista fu da me osservato nella dissertazione sulla unità del *giure penale* riprodotta nei miei *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 11. E nei miei *Lineamenti, osservazione* 24.

§. 720.

Può variare il rapporto, o per circostanze *individuali,* o per mutata volontà del *legislatore* (1). In ambo i casi si ha una *causa giuridica* che porta a modificare la pena incorsa mediante il delitto.

(1) Molti codici odierni hanno per regola costante prestabilito una speciale mitigazione di pene a pro di coloro che abbiano commesso il delitto in un territorio estero. Dove esistono simili disposizioni, il caso è risoluto dalla legge locale, ed il giudice deve uniformarvisi. Ma dove lo statuto locale abbia

Digitized by Google

taciuto su ciò, è da esaminarsi se tale circostanza debba valutarsi dal Magistrato come influente sulla quantità della pena; lo che si sostenne da parecchi pratici: Ciazzi *discept.* 26, *n.* 56, *Maceratae* 1646. Questa idea si censurò per una veduta superficiale da molti, osservando che tanto valgono i diritti dell' uomo Italiano quanto i diritti dell' uomo straniero. Ma con ciò si guardò il delitto nel solo punto di vista del suo *danno immediato,* dimenticando che la località straniera poteva modificare il *danno mediato* sì nel rapporto del timore dei buoni come nel rapporto del malo esempio. Ma ad ogni modo sarebbe un errore richiamare questo problema al luogo presente guardando tale circostanza in relato alla *quantità od al grado* della *pena.* Quando essa fosse valutabile dovrebbe rientrare nei calcoli della *quantità del delitto,* perchè la ragione di ammetterla non potrebbe trovarsi in altro fuorchè in un meno delle *forze morali oggettive* del malefizio. È facilissimo scambiare questi due diversi punti di vista, che furono troppo a lungo confusi fino ai dì nostri, e si vogliono tuttora confondere insieme da qualche scuola. Ma il confonderli è radicalmente erroneo, e reca pregiudicevole impaccio nella soluzione dei più interessanti problemi. È necessario cautamente guardarsene, tanto più che in generale quelli che trattarono anche *ex professo* delle cause di minorare le pene fecero un fascio di ciò che poteva influire sulla *imputazione* e sulla *pena,* sulla *quantità* e sul *grado;* e ciò recò grandi tenebre nella dottrina penale.

§. 721.

Perciò queste cause giuridiche possono nascere o da accidentalità *individuali,* o da accidentalità *legislative.*

Digitized by Google

Articolo I.

Accidentalità individuali.

§. 722.

Nei casi ordinarii, e per la comune dei delinquenti, il rapporto di proporzione fra il male della pena e il male del delitto è quello stabilito dalla legge. Ma sorgono dei casi straordinarii che *alterano cotesto rapporto* per eccezionali condizioni in cui trovisi quel tale *individuo* che deve punirsi. Allora vuole giustizia che in obbedienza al principio se ne modifichi l' applicazione. In tali casi si ha un aumento o decremento *relativo* della pena sotto il rapporto della sensibilità del reo. Il male che patirebbe l' individuo per la irrogazione della pena ordinaria, non sarebbe quello *stesso dolore* che soffrono gli altri; cioè non avrebbe quel grado di forza fisica obiettiva, che nelle previsioni della legge esso ha su tutti gli altri delinquenti. Quel male, per le condizioni *individuali* del reo, sarebbe o *maggiore* o *minore:* onde la pena avrebbe nella specialità una *forza fisica oggettiva* che in rapporto a quell' individuo sarebbe in modo rilevante o maggiore o minore della ordinaria. Allora mantenere la uguaglianza delle pene sarebbe un punire disugualmente: e perciò sarebbe ingiusto quando le condizioni speciali del giudicabile le dessero una forza oggettiva soverchiamente maggiore; sarebbe insufficiente quando le dessero una forza oggettiva minore.

Digitized by Google

§. 723.

Tali cause, che si dicono *intrinseche* alla pena, devono dunque ammettersi per principio di giustizia, o di bisogno della tutela giuridica: e ne deve conoscere il magistrato, secondo le regole segnate dalla legge *a priori*.

§. 724.

Ora se questa varietà presunta di sensibilità può essere o *in più* o *in meno*, è chiaro che ne devono emanare cause che portano a *diminuire* la pena, e cause che portano ad *aumentarla*. Diminuzione od aumento che può farsi o col passare *da specie a specie* di pena; o col togliere o con l'aggiungere alla pena ordinaria *dolori accessorii*; o col diminuire od aumentare la *durata della punizione*, mantenendone la specie (1).

(1) Non perdasi mai di vista che il *grado* nella *pena* non risponde esattamente alla idea del *grado* nel *delitto*. Nella *pena* siamo nella teoria del *grado* anche quando si muta *specie* di *pena*. Nel *delitto* tostochè avviene mutazione di *titolo* non siamo più nella teoria del *grado*, ma della *quantità*. Perciò dissi a suo luogo che nel delitto non vi sono circostanze *aggravanti la imputazione*. Le circostanze *aggravanti* un fatto criminoso ne mutano la *specie*, ne aumentano la *quantità*. Laonde la imputazione che si deve a quel fatto in tal guisa circostanziato, è la *imputazione* ordinaria attribuita a quella specie considerata nelle sue condizioni materiali, senza veruna influenza delle circostanze individuali. Il *fatto* è *mutato*: ma si imputa tale *qual' è*. Sempre è la im-

Digitized by Google

putazione ordinaria risultante dal *titolo* renduto *diverso* e di quantità maggiore per le mutazioni delle circostanze. Chiariscesi con esempi questa dottrina. Quando l' accusa sostiene che un furto è qualificato da domesticità, un omicidio da premeditazione, non eleva questione di *grado* o di *aumento* di imputazione oltre la misura ordinaria del fatto. Eleva questione di *titolo:* vuole che il fatto si riferisca ai famulati od agli omicidj premeditati, anzichè ai furti o omicidj semplici. Se ella l' ottiene, ha fatto mutare *titolo* (ossia specie) al fatto: e il fatto così trasportato in altra sede presenta una *quantità* maggiore, ed incontra la imputazione relativamente dovuta. Ma se poscia il difensore del reo deduce alla sua volta la *minoretà,* o la *ubriachezza* ec.; ecco egli eleva una questione di *grado.* Il delitto non si modifica di *qualità* o di *quantità:* non si muta l' ente giuridico (che consiste in un rapporto di contradizione tra il fatto e la legge) perchè non muta l' articolo che definisce il fatto. È sempre un famulato: e come famulato dovrebbe incontrare quella imputazione che risponde ad un delitto di cotesta qualità, e di cotesta quantità. L' accusato per altro era minore; ebro; era complice e non autore principale: ecco; la *imputazione* ordinaria attribuita dalla legge a quel titolo di reato si *degrada* per ragioni individuali. Quando pertanto si parla di circostanze aggravanti il delitto, si parla di circostanze che modificando la *qualità* del delitto ne aumentano la *quantità.* Quando si dice che non si conosce *grado* in *aumento,* si suppone che il titolo stia inalterato; e ciò presupposto si nega a ragione potervi essere circostanze *individuali* che *aumentino* la *imputazione* senza alterare il *titolo* del delitto. Ma se per ultimo venite a considerare che quell' accusato è gravemente infermo, e perciò alla galera che avrebbe (per esempio) incorso, sostituite il carcere, ecco non solo non è per questa circostanza mutata la qualità o quantità del delitto; ma neppure si è degradato il delitto, nè minorata la imputazione. Bensì si degrada la *pena.* Il criterio differenziale è pronunciatissimo; e non è di parole, poichè nasce dalla *natura delle cose,* la

Digitized by Google

quale è *assoluta*, e non dipende dal modo di vedere degli uomini: e così tiene ad un ordine differentissimo nelle *idee radicali* o principii che dirigono la misura degli atti umani.

Alcuni criminalisti che hanno riunito nella teorica del *grado* del *delitto* le minoranti con le aggravanti, hanno confuso il *grado* con la *quantità* del delitto. Carmignani nelle prime edizioni dei suoi *elementa*, era egli stesso qui caduto in equivoco. Bene lo corresse nelle ultime edizioni. La dottrina delle *aggravanti* il delitto spetta alla *parte speciale*, e solo alla materia della *quantità del delitto* se ne possono stabilire i criterii normali, come accennammo ai §§. 201 a 206.

PRIMA SERIE

Cause diminuenti.

§. 725.

Appartengono a questa serie le circostanze che portano a presumere una *eccezionale sensibilità fisica* nel reo, per la quale la *forza fisica oggettiva* della pena ordinaria si renderebbe di troppo più grave a lui che non agli altri.

§. 726.

Così la *età senile*, il *sesso*, la *sopraggiunta pazzia*, le *infermità* (1) sono cause nelle pene *afflittive* di applicare una *diversa* pena ai vecchi, alle donne, agli infermi, benchè non siavi causa di minorarne la imputazione. Ciò si fa pel fine che certi patimenti, i quali come pena ordinaria si sopportano senza soverchio danno dagli altri, non divengano a costoro cagione forse di morte; e per conseguenza

Digitized by Google

esorbitanti e crudeli. La quantità del delitto, e la imputazione rimangono immote: la proporzione della pena non diviene *geometrica*. Ma si ottiene la giustizia *concreta* senza alterare le regole di giustizia *astratta*. Chiaro è pertanto il confine pronunziatissimo che distingue il grado nel delitto, e il grado nella pena anche in quelle ipotesi nelle quali l'uno e l'altro strettamente derivano da una considerazione di giustizia. La degradazione del delitto nasce dallo esserne minorate le forze, e vuol essere imputato meno qualunque sia il genere della pena che gli risponde. Il minorenne è scusato così in faccia alla galera, come alla carcere, come alla multa. Per la degradazione della *pena* non si modifica il delitto; ma la pena si degrada, perchè il male che la rappresenta diverrebbe relativamente esorbitante. Ora lo influsso di codesta considerazione può colpire una specie di pena, e non colpire l'altra. Il morbo epilettico è causa di non infliggere il carcere con isolamento; ma non è causa di non infliggere la multa. Quando una causa abile giuridicamente a diminuire una data pena si trasporta nella dottrina del grado del delitto, viene a rendersi universale la sua efficacia anche nelle pene ove la ragione della diminuente non ricorre. Così codesta confusione non solo produce errore sotto il punto di vista scientifico e tecnologico, ma genera eziandio gravissimi inconvenienti nella pratica.

(1) A questa serie appella come causa non di *rimettere*, ma di *sospendere* la pena, la *gravidanza* della donna nella sola ipotesi di una condanna a morte. Qui il principio giuridico non deriva da riguardi alla condannata, ma da do-

Digitized by Google

verosità di non rendere aberrante la pena uccidendo la creatura innocente che essa porta nel seno. Il costume di sospendere la esecuzione capitale contro la donna incinta risale a tempi remotissimi: Langleo *semestrium lib.* 11, *cap.* 1, *pag.* 709. Vedi ciò che dico al fine della nota 1 a §. 715.

§. 727.

A questa serie di cause appella il *carcere preventivo* sofferto dal reo prima della sentenza: il quale *quando ecceda una certa misura* deve essere portato in diminuzione della penalità meritata; perchè il dolore di questa penalità si renderebbe più grave sopraggiungendo dopo i patimenti di una lunga prigionia. Tale è la formula conciliativa con cui si è risoluta la disputa fra coloro che *tutta* la carcere preventiva volevano si detraesse dalla pena, e coloro che *niente* volevano le si avesse riguardo: e questa soluzione ha la sua base nel responso di Modestino alla *leg. 25 ff. de poenis.* Dico risoluta dalla scienza nei suoi ultimi pronunciati: imperocchè fra le legislazioni contemporanee molte serbino tuttora l'antico rigore, come per esempio quella di Francia, e quelle foggiate sulla medesima (1). In Francia non solo si ha la maggiore latitudine nello arrestare i prevenuti anche di lievi delitti (del che non è qui luogo a parlare) ma di più non vige provvedimento nessuno perchè nella condanna di un reo tengasi conto della carcerazione preventiva, per quanto oltre ogni misura di umanità siasi prolungata. Il dilemma su cui si sostenne questa rigida dottrina fu il seguente. O il reo si assolve, e non vi è modo di risarcirlo della carcere patita per un

Digitized by Google

ingiusto sospetto: o si condanna, e deve imputare a sè stesso se subì anche questa conseguenza del proprio delitto. Ma la seconda parte di questo dilemma è vera soltanto nei casi in cui il processo siasi compiuto con la necessaria rapidità. È falsa quando o le assenze dei testimoni, o la incuria del giudice, od altre accidentalità delle quali non ha colpa il giudicabile, l' abbiano prolungata. Così la dottrina che distingue fra carcerazione necessaria, e carcerazione indebita, è la sola vera, e la sola giusta (2).

(1) In Francia non si valuta neppure la carcerazione sofferta pendente un *appello*, o un *ricorso* quantunque ammesso. L' art. 24 del codice d' istruzione è inesorabile. Vedi Chauveau (*théorie* 1, 233) e Bertauld (*leçon de code pénal, leçon XIII, pag.* 280). Sulla storia della custodia preventiva, e della libertà provvisoria in Francia vedasi Pastoret *les lois pénales*. Sulla doverosità di scomputare il carcere sofferto anche pendenti i termini del ricorso in cassazione, e pendente il giudizio del ricorso, sebbene infelice, vedasi la dissertazione del senatore Puccioni nell' appendice al *vol.* 2 del suo dottissimo *commentario sul codice penale.*

(2) De Rauschenberg (*de l' indépendance civile, Paris* 1862) impiega molta forza di argomentazione per dimostrare la doverosità di scomputare ai rei la carcere preventiva nella condanna. Ma questo scrittore in mezzo a tutta la espansione umanitaria del suo cuore generoso, è rimasto trepidante ed esitante. Egli (§. 113) propone che sia *facoltativo* nei giudici di detrarre dalla pena che infliggono il tempo passato in carcere dal condannato prima della sentenza, *in tutto o in parte*. Poi quasi tema di aver troppo allargato la mano, si affretta soggiungere, *purchè mai la pena*

Digitized by Google

possa essere elisa nella totalità! Il che vuol dire che se il reo che soffrì sei mesi di carcerazione preventiva fu autore di un delitto che meriti otto mesi di prigionia, il giudice può detrargli *tutta* la sofferta. Ma se è un colpevole che risulti meritevole di un mese di carcere, non dovrà godere questo benefizio. Sembra impossibile che in mezzo a tanta magnanimità e filantropia di che si onora il popolo francese, le tradizioni delle ordinanze, e le dure massime di Jousse e Vouglans (che obliarono i precetti di Tiraquello) abbiano lasciato tracce così profonde da far temere come benignità soverchia verso i malfattori la obbedienza a quei debiti di umanità e di giustizia che altre nazioni riconoscono da lungo tempo. Sembra impossibile come in Francia si conosca sì poco che la Toscana già da novanta anni scomputa dalla pena la carcere preventiva prolungata oltre il bisogno; e che la scomputa, non per *arbitrio* di giudici, ma per *obbligo* imposto loro dalla legge; e che la sottrae anche quando assorbisce *tutta* la pena da infliggersi, o col decretare che la carcere sofferta *tenga luogo di pena* (formula antica) o col decretare che la pena s' *intenda espiata* con la sofferta (formula moderna). Un dotto Magistrato francese (Bertrand *de la détention préventive, Paris* 1862) si è sforzato di persuadere che le leggi francesi sono più umane delle inglesi in questo argomento. Perchè non si istituisce invece il confronto con le leggi toscane? Io penso che ove ciò si facesse, e si esaminasse il modo con cui si esercita appo noi la custodia preventiva, e se ne mitigano i mali; e si avvertisse che una lunga esperienza ha DIMOSTRATO la convenienza del nostro metodo; non si ripeterebbe più con Bertrand — *essere* DIMOSTRATO *che la legge non può determinare* a priori *i casi nei quali la custodia preventiva deve adoperarsi.*

Queste ed altre note che ho creduto bene di aggiungere, non appariscano agli studenti o superflue o tediose. Esse hanno lo scopo di avvertirli a tenersi guardinghi ora contro certe sottigliezze, ora contro certi arbitrii, ora contro certe

Digitized by Google

durezze; ed a persuaderli che la più pura e sana fra le dottrine criminali è quella della scuola genuina italiana. E pur troppo ho dovuto nuovamente convincermi che questa nota non era superflua, quando con dolore ho veduto che le vertigini ultramontane invadono talvolta anche i buoni giuristi Italiani. Uno scrittore, che non nomino a cagione di rispetto, nelle sue osservazioni sul progetto del codice penale Italiano, ha testè censurato nel progetto nostro la proposta dello scomputo della carcerazione preventiva: ed ecco il suo argomento. È *ingiusto* (egli dice) scomputare al condannato la prigionia sofferta, perchè con ciò si trattano *ad imparia* il colpevole e l' innocente. Se il carcerato risulta innocente, nessuno gli ripara il male sofferto; se è invece uno scellerato quel male a lui si ripara con scrupolosa esattezza: e ciò è una iniquità. Ma a me pareva che la buona logica portasse diritto questo argomento alla conclusione che dovesse trovarsi modo d' indennizzare anche lo innocente! Laddove portato invece alla conclusione opposta esso è manifestamente sofistico. Se non può farsi giustizia a *tutti* sarà dunque ingiusto rendere giustizia a coloro ai quali si può!!! Questo modo di argomentare somiglia perfettamente la logica del fallito; il quale avendo ventimila di debiti e diecimila di contanti, dice a sè stesso; siccome non posso pagar tutti è *giusto* che non paghi nessuno. Nè soltanto le leggi toscane hanno per massima l' abbuono del carcere indebito al condannato. Queste leggi fino dal 30 novembre 1786 sanzionarono il diritto alla *indennità sullo stato* a favore dello assoluto, in ragione del carcere sofferto: vedasi l' art. 46 da me trascritto alla nota a §. 554. Queste idee, che a taluno pajono nuove, contano quasi un secolo di vita reale fra noi; e mentre ad altri piace farne elogio alla scuola germanica, in Germania si ricorda bene il loro fonte, e si rende il dovuto encomio alla legge toscana, come ha fatto il Van Leuwen nella dissertazione *de damno reo absoluto illato publice resarciendo, Trajecti* 1842. Ma ai giuristi stazionari e crudeli risponde la storia coi suoi continui progressi. Mentre dieci anni addietro si disputava se dovesse o no

Digitized by Google

scomputarsi la carcerazione *indebita*, ed io aveva sembianza di progressivo perchè mi appagava di mantenere la teorica nei termini delle leggi Toscane di 90 anni addietro, trovo essere io stesso rimasto oggi fra gli stazionarii in faccia alla ultima dottrina che sostiene doversi scomputare *tutta* la carcere preventiva senza distinzione fra debita e indebita. Il pensiero al quale si inspira questa dottrina è semplicissimo: anche il carcere preventivo è una *pena*; dunque dovete tutta computarla nella pena meritata. Con la distinzione fra carcerazione indebita e debita voi obbedite alla giustizia a riguardo di coloro che soffrirono carcerazione *indebita*; ma non serbate la giustizia distributiva rispetto a coloro che soffrirono carcerazione *debita*, poichè in questa può esservi la differenza che corre dai tre giorni ai tre mesi; differenza che voi niente calcolate, quantunque i due detenuti debbano rispondere dello identico reato. Un correo fu arrestato subito e il suo processo si esaurì nel tempo *debito*: l' altro correo fu arrestato alla vigilia del giudizio. Irrogherete ad entrambo per esempio lo stesso mese di carcere; ma a questa condanna il primo dovrà aggiungere la carcerazione debita sofferta e il secondo no, perchè più moroso. Avete voi renduto pari nella pena coloro che furono pari nel delitto? Si veda fra gli antichi per mera erudizione Caldera *variarum lectionum lib.* 1, *cap.* 2, *in* Meermann *vol.* 3, *pag.* 628.

§. 728.

A questa serie si riferisce pure il *concorso di più* pene, che nei congrui casi è pur esso una *diminuente*; ed ecco in qual guisa. Affermammo (§. 167) che quando un uomo abbia commesso più violazioni di legge, le quali nè si legano la una all' altra come *mezzo* a *fine* (nel qual caso si unificano per aggravare la imputazione aumentando la *quantità* del

Digitized by Google

delitto più grave); nè costituiscono un *delitto continuato* (lo che porterebbe ad una minorante della imputazione rispetto a quella che dovrebbesi ai due delitti, §. 520); deve l' autore di quelle violazioni tenersi come responsabile di altrettanti diversi delitti: lo che produce lo effetto ch' ei debba incorrere *tutte* le singole pene prescritte a ciascuno di loro.

§. 729.

Tale sarebbe la regola. Ma ciò condurrebbe a dover recare il dolore della seconda pena ad un reo già affranto dalla prima; i dolori per la loro aggregazione moltiplicano di *intensità*, sino al punto di rendersi intollerabili: e le più *durate* possono, nella breve vita dell' uomo, rendere perpetua la pena che nel concetto della legge doveva essere temporaria. Queste osservazioni condussero a far riguardare quella regola come contraria ai precetti di umanità.

§. 730.

Pure i proseliti del rigorismo facendosi base del frammento di Ulpiano *(leg. 2 ff. de privatis delictis)* insistettero sulla regola del *cumulo* delle più pene; teoria che dovrebbe prevalere se il fondamento della pena fosse la sola giustizia, o il suo fine la espiazione, perchè certamente non può dirsi che un secondo delitto equivalga alla espiazione del primo, e valga ad esimerne il colpevole. Ma al contrario gli umanitarii proclamarono la opposta teoria dello *assorbimento* (1), consistente nel prescrivere che la *pena maggiore assorbisca la minore*, e sola

Digitized by Google

si applichi come equivalente a tutte per la tutela giuridica. Questo secondo metodo più *benigno* dovette prevalere nelle legislazioni più *severe*, per una conseguenza appunto della stessa loro soverchia *severità*. Apparente contradizione, ma che rispondendo al vero mostra come il troppo rigore suicida talvolta sè stesso. In Francia dove, a modo di esempio, qualsiasi furto semplice è punito col carcere estensibile a 5 anni (e a 10 pei recidivi) la dottrina del cumulo avrebbe dato balìa di infliggere ad un mariuolo cinquanta e sessanta anni di carcere, e in altri casi quaranta e ottanta anni di galera. In faccia a così larga misura di *massimi* la teoria del cumulo era sotto un aspetto *impossibile*, sotto un altro *inutile*. D' altronde la lunghezza dei *massimi* è naturale compenso alla negazione del *cumulo;* perchè il giudice potendo serbare il massimo ai soli casi nei quali il giudicabile comparisce accusato di parecchi delitti, si viene a velare lo sconcio della impunità di un reato prodotta da un altro reato. Ciò sta bene; ma lo inconveniente è questo che ciò che si sarebbe dovuto fare dalla legge si lascia all' arbitrio del giudice; arbitrio che potendo non sempre essere prudente ci espone a vedere applicare il *massimo* al reo di un delitto solo, e poscia il minimo al reo di parecchi delitti. Ma in generale in Francia non si teme l' arbitrio del giudice quanto lo temiamo noi, e nella fiducia verso questo si tollerano certi sistemi a cui la scienza non può applaudire. È questa un' altra osservazione che colpisce in grande le differenziali per cui la scuola Francese si separa dalla scuola Italiana.

Digitized by Google

(1) Vidi in alcune scuole noverare lo *assorbimento della pena* fra le cause di estinguere *l' azione penale*. Questo è un errore col quale si confondono l' *azione* penale e la *pena*; lo che oggi più non deve essere permesso. L' azione penale persecutoria del delitto la cui pena va ad essere assorbita in altra pena più grave che contemporaneamente s' infligge, non è estinta per questa accidentalità. Essa ha spiegato tutto il suo corso e tutta la sua vita: ha durato per tutta la Processura: è stata efficace per condurre il giudice alla *dichiarazione di colpevolezza*. Soltanto quando essa stava per raggiungere il suo ultimo fine, vale a dire la irrogazione della pena essa ha incontrato un ostacolo esteriore che ha paralizzato questo suo ultimo momento di efficacità. Il giudice non ha potuto rispondere a quella azione con la ulteriore pronuncia *infliggo un anno di carcere*, perchè dovendo contemporaneamente infliggere allo stesso giudicabile cinque anni di carcere (a modo di esempio) per altro delitto, la legge dello assorbimento gli vietava quella ulteriore condanna. Ma può egli dirsi che con ciò sia *estinta l' azione?* Io penso che no. Questa non è sola disputa di parole: è importantissima per la sostanza; e lo chiarirò con un esempio che mostrerà l' altissimo interesse della esattezza da osservarsi sempre nel referire ogni fatto giuridico alla sua vera causa giuridica, anzichè ad una falsa. Un marito offeso mi querela per adulterio con la sua moglie e me ne convince colpevole; ma contemporaneamente io nella sorpresa aveva ferito il servo di lui, ed anche questi mi aveva querelato per lesione leggiera. Il giudice chiamato a conoscere dei due delitti mi dichiara colpevole dell' adulterio e colpevole della lesione: ma (supponiamo che siasi in Francia) per la legge dell' assorbimento assoluto egli dichiara non potere infliggere pena per la lesione leggiera perchè assorbita nella pena dell' adulterio, e mi condanna a tre anni di carcere. Ecco che udito ciò quel marito si alza, e mi dà il perdono. Io sono libero dalla pena dell' adulterio. Ma in quanto alla lesione è estinta la *pena*, oppure è estinta *l' azione?* Se è estinta l' azione

Digitized by Google

io vado impunito affatto dal reato di lesione senza che altra pena più grave valga a reprimere la mia malvagità. Ma se invece dite che è estinta la pena, ma *l' azione* è soltanto arrestata e sospesa nel suo ultimo svolgimento; l' azione per la lesione è rimasta in vita, e non trovando più in faccia a sè a causa di quel perdono l' ostacolo che le impediva di raggiungere l' ultimo fine della condanna, ripiglia il suo movimento efficace per raggiungere questa. Lo stesso può ripetersi nelle ipotesi di un' amnistia o di un indulto, od anche di una grazia. Dicasi dunque che l' assorbimento vale ad estinguere od a diminuire la *pena*, ma non si dica che estingue l' *azione*.

§. 731.

In cotesto conflitto nacque una dottrina *eclettica;* che suggerì si distinguesse, ammettendo sino ad un certo punto il sistema del *cumulo;* ed oltre esso quello dell' *assorbimento* (1). Così la dottrina del *cumulo*, nel suo senso *assoluto*, venne ad essere comunemente rejetta. Per tal guisa nella concorrenza di più pene bisogna riconoscere una circostanza diminuente, che si svolge a benefizio dell' accusato quando la somma delle pene meritate eccederebbe, se tutte si irrogassero, una certa misura. Questo è un temperamento di *espediente*, accettabile in mancanza di meglio. Non può per altro sfuggire alle osservazioni del pratico il grave inconveniente di questo metodo, che tratta meglio i maggiori scellerati. Ma forse la scienza non ha ancora emesso l' ultimo suo pronunciato su tale argomento (2).

(1) Il sistema dell' assorbimento è stato adottato anche dal codice Bavaro del 1861: vedasi la *Revue critique tom.* 22,

Digitized by Google

pag. 564. Sul modo largo e logico col quale si applica in Francia la regola dello *assorbimento* anche nel caso di azioni penali esercitate *successivamente* ed anche in tribunali diversi, vedasi la interessante dissertazione di Morin *Journal de droit criminel, art.* 7984, *tom.* 37, *pag.* 97.

(2) La teorica dell' assorbimento è svolta con grande dottrina da Bertauld *(l. c. leçon XIV)* ed è sostenuta da Raffaelli, *nomotesia penale,* 5, 50. Ortolan (§. 1153 *et suiv.)* disapprova entrambo i sistemi con molta esattezza di ragionamento, e propone (§. 1157) una combinazione delle due teorie. Altra combinazione ha ideato il Cons. Bonneville nella monografia intitolata *du concours des méfaits (de l' amélioration de la loi criminelle part.* 2, *chap.* 13, *Paris* 1864) che si inserì tradotta da Augusto Boselli ni, nel *n.* 85 della *Temi Fiorentina.*

§. 732.

La *povertà* del delinquente può *sotto un punto di vista* referirsi a questa serie. Ma dico *sotto un punto di vista;* perchè questa causa è di una indole anomala e proteiforme, secondo la diversa ragione per cui si valuta. Infatti — 1.° se la *estrema povertà* si valuta come scusa in certi delitti contro la proprietà, per la pressione che la miseria esercitò sull' animo del delinquente, siamo alla teoria degli *affetti;* siamo nel *grado del delitto:* la *forza morale soggettiva* di quel delitto speciale è in quell' individuo minorata per la miseria che limitò il suo arbitrio nella determinazione. In questo senso non si parla di grado nella *pena:* si minora la *imputazione,* e (solo come conseguenza) si ha il resultato della minorazione, non di una od altre specie di pena soltanto, ma di *qualsiasi penalità.* — 2.° Se la

Digitized by Google

povertà si guarda come causa che renda *politicamente pericolosa* la irrogazione di una certa pena; ecco non più si parla di *grado nel delitto,* non più di *minorata imputazione:* siamo nel *grado della pena.* E siamo nelle cause *estrinseche* o *politiche;* perchè mutando la penalità, la legge non ha riguardo al reo, ma al bene generale. Così in proposito delle pene *pecuniarie* applicate ai ladri poveri, fu osservato che erano *impolitiche;* fu detto che se colui prima della pena rubava per *bisogno,* dopo la pena rubava per *necessità.* In questo senso si calcola la *povertà* dal codice Austriaco, come causa che deve valutarsi nelle pene pecuniarie. Tanto è vero che la ragione della commutazione non è un riguardo al colpevole, che gli si commuta la pena in altra più grave. Evidentemente questa sfera di idee è tutta politica. — 3.° Se infine la *povertà* del condannato si considera per un *riguardo alla famiglia;* ecco non siamo più nè nel *grado del delitto,* nè nelle cause *politiche* di modificare la pena: siamo nelle cause *giuridiche:* poichè la ragione della mitezza trovasi in un principio di *giustizia,* cioè in quello che la pena non divenga *aberrante,* e non ne soffra più l' innocente che il colpevole. Così nel codice Austriaco si ordina ai giudici di mitigare certe *pene afflittive* nella loro *durata* (aggravandole nella *intensità)* se l'accusato ha *una famiglia povera da sostenere.* Qui certamente non può dirsi che il *delitto,* per esempio di ferimento, sia *degradato* per cotesta cagione: neppure prevale una considerazione *politica;* o se vi entra la considerazione di non empire la città di miserabili, questa è accessoria. La ragione principale e movente è di evitare

Digitized by Google

la ingiustizia che l'innocente soffra per il colpevole. È dunque una causa *giuridica* determinata *a priori* dalla legge, e della quale pei giudici non è *facoltativa* ma *obbligatoria* la valutazione e l'applicazione.

Questi cenni bastino per mostrare che simili distinzioni (in loro esattissime) non sono sofisticherie della scuola, ma verità razionali che svolgono poi nella pratica conseguenze importanti, se sono osservate; confusione, arbitrio, ingiustizia, se sono dimenticate.

SECONDA SERIE

Cause di aumento

§. 733.

A questa serie non spettano quelle circostanze che aggravano il titolo del delitto; come (per esempio) lo scasso nel furto, l'arme vietata nelle lesioni, ec. La dottrina del *grado* non avrebbe limite se così si intendesse. Coteste circostanze portano ad aumentare la quantità della pena per l'aumentata *quantità* del *delitto*. Esse aderiscono ai *fatti* generici, e ne determinano una modificazione di *titolo* e di *quantità*. Ciò che *muta* specie non *degrada*: non si confondano idee che sono distinte *ontologicamente* e così *necessariamente;* e per conseguenza non dipendono dal modo di vedere degli uomini. Ciò che *è* non può non essere *tale quale è*. E bene scrisse testè uno illustre Giureconsulto (P o g g i, *Memorie storiche della Toscana 1, 294*) che neppure il legislatore ha la potenza di variare la *na-*

Digitized by Google

tura sia materiale, sia giuridica delle cose. Le cause del *grado* nella *pena* devono essere sempre aderenti alla *persona* del delinquente (1).

(1) Questa osservazione può avere una influenza pratica intorno alla questione che pose Morin (*art.* 8978) nei seguenti termini — *Se dove il giudice trovi in un accusato la combinazione di escusanti e di aggravanti debba prima tenersi a calcolo la aggravante e poi la minorante,* o viceversa. Parrà che ciò torni allo stesso, ma non è vero specialmente in faccia a quei codici che adottarono nelle penalità il sistema così detto dei *gradi,* invece di quello dei *massimi* e *minimi.* Spieghiamo con esempi anche questa diversità di sistema. Il codice Toscano segue il metodo dei *massimi* e *minimi* — carcere da due mesi a tre anni; casa di forza da cinque a quindici anni; e simili: e quando vuole ordinare il passaggio da specie a specie di pena (dalla casa di forza alla carcere, o dal carcere alla multa) lo dice espressamente, lasciando sempre libertà al giudice di spaziare secondo le circostanze dal minimo al massimo della respettiva specie segnata. Il codice Sardo al contrario adotta il sistema dei *gradi.* Non si contenta di dire (art. 53) per esempio, la galera non può essere minore di dieci anni, nè maggiore di venti: esso va innanzi, e aumentando le restrizioni dei giudici soggiunge — *la durata di questa pena è distinta in due gradi* — 1.° grado, da dieci anni a quindici inclusivamente — 2.° Da quindici a venti. Poi nei singoli casi ora minaccia la galera di primo grado, ora quella di secondo grado. Finalmente sulle aggravanti e sulle minoranti procede sempre con lo aumento o diminuzione di qualche grado. Per esempio, la recidiva (art. 122) porta l'aumento di uno o di due gradi sulla pena ordinaria; e il tentativo (art. 98) porta sulla pena ordinaria una diminuzione da uno a tre gradi. Io qui non voglio esaminare la questione di pratica legislativa se il sistema dei *gradi,* impac-

Digitized by Google

cioso nell' aula legislativa, ed impacciosissimo nella pratica, debba preferirsi al sistema più semplice dei *massimi e minimi*, pel quale il letto di Procuste ove il giudice è collocato permette un più libero elaterio alla sua coscienza. Dico soltanto che il sistema dei *gradi* aumenta la importanza del problema che qui ho proposto, se prima debbano calcolarsi le aggravanti e poi calcolare le minoranti, o viceversa. Infatti nella pratica applicazione lo adottare l' uno o l' altro metodo di calcolo conduce talora ad una differenziale di parecchi anni di pena, e conduce alla altra differenziale di applicare la carcere o la reclusione. Questo divario è tanto positivo e sensibile che le Corti di Cassazione hanno dovuto parecchie volte occuparsi di quel problema, e sono andate in opinioni divergenti e contraditorie. Ora volendo io dire la mia opinione su quel problema in punto astratto di scienza, affermo doversi distinguere fra le aggravanti la *imputazione* e le aggravanti la *pena*. Se trattasi di cause che aumentino la *imputazione*, poichè queste con tutta esattezza non può dirsi che *aggravino* il delitto, ma ne *mutano* il titolo (per esempio, la premeditazione nello omicidio, la violenza nel furto, e simili) parmi doversi calcolare prima ciò che sta in *aggravio* precisamente perchè ciò è necessario per definire il vero titolo da darsi al delitto. Così prima di tutto io dirò qui abbiamo un parricidio o un latrocinio o una violenza pubblica, e simili; e così trovata la pena ordinaria dovuta al respettivo titolo verrò poi a degradarla secondo le minoranti. Dirò: La pena del parricidio è la morte ma qui fu solo tentato; dunque io devo scendere da uno a tre gradi sotto la pena di morte. Ma se invece trattasi di *aggravanti la pena* io penso doversi procedere col metodo opposto. Prima deve definirsi la penalità che avrebbe meritato il giudicabile se non fosse stato recidivo. Trovata questa deve accrescersi contro il medesimo su quelle norme che la legge detta secondo la diversità delle pene ordinarie. E ciò è necessità logica in faccia a quei Codici che il più o meno

Digitized by Google

di rigore negli effetti della recidiva proporzionano sulla pena che avrebbe meritato l' accusato se non fosse stato recidivo.

La questione è spinosa ed esigerebbe un trattato speciale per la infinita varietà di casi e forme nelle quali sviluppasi il suo interesse. Nella specie riferita da Morin il conflitto era fra la recidiva e le circostanze attenuanti: aggravanti di pena e attenuanti di pena. La corte adottò quel calcolo che nella specialità tornava *più favorevole* allo accusato; ed in siffatta ipotesi dovrà essere sempre questo il supremo criterio regolatore. Ma la natura delle cose esige che le modificazioni del titolo, o in più o in meno, siano stabilite sempre con precedenza alle modificazioni in più od in meno della penalità. Che se il concorso è di mere circostanze modificanti la pena in senso opposto senza nulla immutare sul titolo e sulla imputazione, io non veggo altro criterio determinatore della precedenza del calcolo tranne quello del *favore* dello accusato.

§. 734.

Per trovare gli esempj di questa seconda serie, bisogna dunque supporre che il delitto rimanga nella sua *quantità normale*, e pure si debba *aumentare* la quantità della *pena* per ragioni *intrinseche* a questa. Cause *estrinseche* di *aumento* (già lo notai) non se ne possono ammettere; poichè non può esservi ragione di *politica utilità* che permetta di *esacerbare* contro un individuo la pena oltre la quantità che la legge (in faccia alla quale tutti gli uomini sono eguali) assegna al malefizio da lui commesso.

§. 735.

Io non credo che possa referirsi a questa serie la *forensità:* poichè il *bando* che suole aggiungersi

Digitized by Google

alla pena ordinaria contro il delinquente straniero, non lo considero come *vera pena;* ma piuttosto come *difesa diretta,* e come un rifiuto di ulteriore ospitalità a colui che si mostrò ingrato ed immeritevole della ospitalità ricevuta.

§. 736.

Le cause di *aumentare la pena* si riducono pertanto alla *recidiva* (1). La circostanza cioè che si delinqua da uno che già era stato precedentemente condannato per altro delitto.

(1) Feith *de delicto iterato, Groningae* 1840 — Wafelaer *de concursu delictorum, Lovanii* 1822 — Fockema *de iterato crimine, Groningae* 1831 — Hooreebeeke *de la récidive, Gand* 1846 — Bonneville *de la récidive, Paris* 1844 — Scheurlen *della recidiva;* negli *opuscoli* del *Mori vol.* 2, *pag.* 107 — Trébutien *cours élémentaire de droit criminel tom.* 1, *pag.* 289 — Buffe *de la récidive, Paris* 1868 — Van Der Does *de pluribus ab eodem commissis criminibus, imprimis vero de crimine quod repetitum dicitur, Trajecti ad Rhenum* 1826 — Nypels *De delictis recidivis, Lovanio* 1828 — Loening *dissertatio quid statuendum sit de eo, qui condemnatus in crimen recidivit, Berolini* 1869.

§. 737.

Non può asserirsi che per la recidivanza si accresca la *quantità* (1) del secondo delitto: essa non è niente affatto una ragione di aumento d' *imputazione.* Supporre ciò fu l' errore che cagionò tante gravi obiezioni contro la punizione della recidiva.

Digitized by Google

Il reo (si disse) ha già *saldato* la prima partita; e sarebbe ingiusto porgliela a conto una seconda volta. E invano i moralisti declamano contro la maggiore perversità del recidivista: perchè il giure penale, giudice competente della *malvagità dell' atto*, non può guardare alla *malvagità dell' uomo*, senza trascendere oltre i suoi confini. Ora queste censure, sostenute da valenti criminalisti (Carnot, Tissot, ec.), non avrebbero replica se il rincaro di rigore contro i recidivisti si volesse ravvisare corrispondente ad un aumento di imputazione (2).

(1) La quantità *naturale* no certo. Non sarebbe però errore ravvisare nella recidiva un aumento di quantità *politica*, seguitando la opinione di Bentham che nello essere il delitto commesso da un recidivo trovò una ragione di aumento del danno mediato (vedi sopra la nota al §. 205) e ciò perchè si aumenta il timore dei buoni vedendo che la pena non serve a frenare i colpevoli; ed aumenta il cattivo esempio mostrando ai malvagi come si disprezzi la pena da chi ne ha sofferto il rigore. Ma siccome questi due sentimenti hanno per punto cardinale il pensiero della insufficienza della pena e più specialmente sono *accidentali* in quanto si connettono con la scienza della recidivanza nel pubblico, come spiego nella nota a §. 738, così io persisto a considerare la recidiva come un' aggravante della *pena*, seguendo un criterio certo e costante anzichè subire un criterio *accidentale condizionale* e *relativo*. È una verità che ha due faccie. Ma in una di queste è sempre *verità* certa; nell' altra può essere una verità *ipotetica*. Nella recidiva bisogna dunque concludere che il rincaro di pena desunto dalla medesima ha il suo fondamento sopra una *presunzione*. Ma non già sulla presunzione di *maggiore malvagità*, che sarebbe formula pericolosa e fallace: bensì sulla *presunzione* di *maggiore insensibilità* del recidivo a riguardo della pena subìta la prima volta.

Digitized by Google

(2) Gesterling, uno dei più caldi oppositori della recidiva, fa questo dilemma: o a carico del recidivo voi volete *tenere a calcolo il primo delitto*, o la *prima pena*. Se il *primo delitto*, siete ingiusti, perchè già glielo avete imputato la prima volta. Se la *prima pena*, siete ingiusti, perchè questa è *fatto vostro*, non *fatto suo*. Ma chi trova la ragione di aggravio contro il recidivo non nei *calcoli della imputazione*, ma nei calcoli della *forza oggettiva* della pena (che deve, per quanto si può, mantenersi in una proporzione *reale* con la forza oggettiva del delitto) si sbarazza presto da cotesto dilemma. Osservò inoltre molto bene il Nypels (*de recidivis*, 1828, *pag.* 14) che in *realtà* chi ha già sofferto altra volta una pena, soffre la seconda volta un patimento meno intenso di quello che soffre il neofita delle carceri: laonde irrogandogli la pena *ordinaria* si affliggerebbe *meno* del primo delinquente.

§. 738.

Sicchè la *unica* ragione accettabile per accrescere la pena al *recidivista*, è nella *insufficienza relativa* (1) della pena ordinaria: insufficienza dimostrata dallo stesso reo col suo proprio fatto, cioè con la prova positiva che emerge dal suo disprezzare la prima pena.

(1) Recentemente Faranda, nelle sue *osservazioni sui nuovi Progetti di codice penale Italiano*, ha preso a combattere questo sistema: ma ad onta delle sue ingegnose obiezioni non mi persuado a mutare pensiero. Esso dice che la recidiva è causa di aumentare la imputazione, perchè; 1.° la imputazione deve proporzionarsi non alla sola *quantità naturale*, ma ben anche alla *quantità politica* del delitto; 2.° perchè quando le *qualità della persona delinquente* aumentano l'allarme nascente dal delitto, se ne aumenta la

Digitized by Google

quantità politica: e queste due proposizioni sono incontrastabili. Ma Faranda soggiunge che lo essere il delitto *commesso da un recidivo* è condizione del fatto, la quale *aumenta il pubblico allarme*: e qui mi permetto di dissentire. Non nego che qualche volta il delitto possa commettersi da un facinoroso, la *recidivanza* del quale sia così *notoria* nella Città che tosto gridisi da tutti, costui non è frenabile, la pena *non lo ha corretto;* e subito se ne accresca la pubblica commozione. Ma questo risultamento è *eccezionale:* esso dipende dalla eventuale concomitanza della *notorietà* del recidivista cioè dalla notorietà 1.° che colui sia recidivo; 2.° che il delitto sia commesso da lui. Ora io non posso ammettere che una regola la quale deve essere *generale* e assoluta, quale è l'aumento di pena al recidivo, si possa adagiare sopra una condizione che è *eventuale* e incostante. Lo allarme pubblico deve misurarsi dai caratteri che esso ebbe nel *momento del delitto.* Non deve aspettarsi a calcolarne i criterii dopo il termine del processo, e dopo la sentenza. Ma nella maggior parte dei casi, ancorchè il pubblico conosca immediatamente che l'autore del delitto fu Tizio, non sa che questo Tizio cinque o sei anni addietro e forse in Provincia remota, subì per analogo delitto un'altra pena che porta a suo carico l'*effetto legale* della recidiva. Non può dunque per via di divinazione essersi maggiormente allarmato allo annunzio del delitto. Sa ognuno quante diligenze siano state necessarie ai governi civili per trovar modo di constatare *materialmente* le recidivanze: sa ognuno come la definitiva dichiarazione dello stato di recidivanza porga occasione a dispute giuridiche spesso difficili. Non posso dunque accettare un concetto che conduce a calcolare lo allarme concomitante il delitto sopra una circostanza la quale agli occhi del pubblico è chiarita nella maggior parte dei casi dopo un lungo intervallo ed al seguito di lente verificazioni giudiciarie. A me sembra pertanto più vera la formula rovescia. Non è costante che al *giorno del delitto,* sia stata maggiore la *forza morale oggettiva* del reato: questo può essere avvenuto rispetto ad

Digitized by Google

un recidivo notorio; ma rispetto ad altri molti recidivi no. È invece che al *giorno della condanna* quando al pubblico si fa certo essersi quel delitto commesso da chi versava in stato di recidiva diviene relativamente *minore la forza morale oggettiva della pena* se essa non si aumenta; perchè il pubblico, reso certo allora che colui era un recidivo, non si persuade essere bastante a frenarlo questa seconda volta la pena ordinaria, la quale fu insufficiente la prima volta. Lo che rendendo la pena ordinaria *insufficiente al suo fine politico* (la tranquillità) rende legittimo il rincaro di pena. Con la opposta dottrina dovrebbe per buona logica eliminarsi in molti casi al recidivista l' aumento di pena. Oggi (15 gennaio 1871) si presenta Cajo al giudizio in Torino come colpevole di ferimento colà commesso. Si è potuto scuoprire che nel 1864, Cajo aveva subìto un mese di carcere per altro ferimento a Palermo. Si sono esaurite le investigazioni necessarie per identificare quel Cajo feritore a Torino col Cajo già punito a Palermo. Ma costui dimostra che in Torino nè in tutta questa Provincia non eravi persona viva che conoscesse quel precedente suo fallo, e oppone al suo giudice che esso non può sottoporlo a pena più grave per una ipotesi smentita dal fatto; e che è ingiusto punirlo per una supposizione dileguata dalla realtà delle cose. Come potrà allora il Giudice rispondergli che lo imputa di più perchè *eccitò un allarme maggiore* nella città di Torino? La sua coscienza dovrà esitare. Ma non esiterà la coscienza del giudice che sia persuaso della nostra opinione, perchè il giudice nel determinare la pena ha il dovere di calcolare scrupolosamente la pena che va ad irrogare non solo nelle sue *forze fisiche*, ma anche nelle sue *forze morali*, e così nel rapporto che essa ha col delinquente, e al tempo stesso nel rapporto che essa ha con la società: ed ha il dovere di compensare con l' aumento di quelle la accidentale deficienza di queste, perchè il castigo riesca adequato al bisogno, e ridesti negli animi la fiducia che la pena da lui stabilita sarà remora sufficiente.

Digitized by Google

§. 739.

Il legislatore prevede che ad un dato delitto possa essere pena bastevole una data quantità di male. E lo è di fatti *per i più.* Che se qualcuno delinque malgrado quella minaccia, si ritiene averlo fatto per non avere sperimentato la pena; e si calcola che la *esperienza del male* che lo colpisca pel primo suo fallo siagli lezione bastante per l' avvenire. E questo secondo calcolo riesce confermato dalla esperienza per il *maggiore numero* dei delinquenti che non ricadono. Ma quando, dopo avere *esperimentato il patimento effettivo,* un condannato torna a delinquere, ci dà chiaro segno di disprezzare quel male: mostra che *per lui* non è freno sufficiente quella somma di patimenti. Rinnovare contro di lui *la medesima pena* diviene in tal caso *futile;* perchè la presunzione di *sufficienza relativa* della *forza oggettiva* di quella penalità è contradetta dal fatto.

§. 740.

Vi è presunta insufficienza relativa della *forza fisica* oggettiva della pena a cagione della insensibilità che costui mostra al male patito. Laonde a cagione di quella natura dello individuo, eccezionalmente più insensibile, bisogna aumentare il castigo se vuolsene ragionatamente sperare un utile effetto. Quando pertanto il colpevole, niente erudito dalla riportata condanna, torna ad insultare la maestà della legge, e ad attaccare la sicurezza dei cittadini è egli stesso che dice essere stato troppo mite *per lui*

Digitized by Google

quel primo patimento, che per la generalità dei caduti è pur sufficiente. Egli non può in conseguenza tacciare di ingiusta la società se ricorre contro di lui ad un castigo più grave.

§. 741.

Vi è insufficienza relativa della *forza morale* oggettiva della pena; perchè quello spavento che il primo delitto avea cagionato, e che fu sopito con la punizione del delinquente, in certa guisa torna a risorgere quando questi dopo la pena torna a delinquere. La pena ordinaria non è più farmaco bastante a tranquillizzare i consociati; poichè la esperienza l' ha mostrata inetta a frenare quell' individuo (1). È questo l' ordine d' idee secondo il quale si giustifica il rincaro di *pena* contro i recidivi malgrado il saldo della vecchia partita, e malgrado la permanenza della loro imputazione nello stato normale. È una modificazione nel calcolo della *quantità relativa* della *pena:* e nulla più. La ricaduta dopo la pena patita, mostra (lo dirò con la bellissima formula di E l l e r o) che la pena *ordinaria*, sebbene per la comune degli uomini sia sufficiente e come *pena* e come *difesa*, non è sufficiente nè come pena nè come difesa *diretta* in faccia a quella natura eccezionalmente insensibile. Tutt' altro modo di ragionare l' aggravante della recidiva, è arbitrario e fallace.

(1) Da tutte queste dispute si sbarazzano i seguaci della scuola *correzionalista:* i quali trovando il fine della pena nella emenda del colpevole, hanno sufficiente ragione di infierire contro il recidivo nella di lui provata incorrigibilità.

Digitized by Google

§. 742.

La recidiva dicesi *vera* (1) quando il colpevole torna a delinquere dopo avere *espiato* la pena: dicesi *finta* quando esso torna a delinquere dopo la *condanna* (purchè *definitiva:* Morin *art. 7719)* quantunque non abbia sofferto di fatto la inflittagli punizione. Nel primo sistema la recidiva nasce dallo aver *subìto la pena:* nel secondo dallo avere *incontrato la condanna.* La recidiva si dice *propria* quando il condannato ricada in delitto dello *stesso genere:* dicesi *impropria* quando ricada in un delitto di *genere diverso.* La valutazione di questa distinzione presuppone che la recidiva si desuma *più* dal *delitto,* che dalla *pena.* Nelle contingenze pratiche possono dunque verificarsi *quattro* diverse combinazioni — 1.° recidiva *vera* e *propria* — 2.° recidiva *finta* e *impropria* — 3.° recidiva *propria* e *finta* — 4.° recidiva *vera* ma *impropria.*

(1) Quando il giudicabile si presenta accusato di più delitti senza che abbia riportato condanna per i delitti precedenti, esso non è *recidivo* ma *iteratore;* e di questa concorrenza si tiene calcolo nel giudizio al quale è chiamato per rendere conto dell' *ultimo* delitto e dei precedenti insieme. E qui sorgono altre regole che furono esposte al debito luogo. Su questa nozione speciale della recidiva tutte le legislazioni contemporanee sono concordi. Non sono concordi però nello infliggere lo aumento alle diverse specie qui indicate; per esempio, il codice Francese aumenta la pena anche per la recidiva *finta* e *impropria.* Il codice Toscano al contrario non considera che la recidiva *vera* e *propria.* Per essere recidivi secondo questo codice non basta essere

Digitized by Google

stati altra volta *condannati* ma bisogna ancora avere espiato interamente la pena, perchè non può dirsi di natura insensibile a quel patimento chi il patimento non ha sofferto. E bisogna di più essere stati puniti per un delitto della stessa *specie;* perchè il non essere ricaduto nella *specie* di delitto da lui commesso la prima volta fa argomentare che la prima pena lo abbia corretto da quella prima passione malvagia; e dà luogo a sperare che la nuova pena sia per correggerlo anche dalla seconda. Limitare l' odio contro i recidivi alla sola *recidiva vera* è una necessità logica, e quindi giuridica del sistema da noi adottato. Limitarlo alla sola *recidiva propria* non è che ubbidire ad una *ipotesi,* assai *problematica.*

§. 743.

Tale aumento di pena può poi variare immensamente nella sua pratica attuazione; e varia di fatto secondo le diverse scuole, e nelle legislazioni. Varianti che cadono o sulle *condizioni;* o sugli *effetti,* o sulla *durata* (1) della recidiva.

(1) Vedasi lo scritto da me pubblicato sotto il titolo di *Cenni sulla recidiva,* nei miei *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 14.

ARTICOLO II.

Modificazioni legislative.

§. 744.

Frequenti sono (specialmente nel movimento del nostro secolo) le *mutazioni legislative:* e spesso tali mutamenti cadono sulla materia penale (1).

Digitized by Google

(1) Possono le mutazioni legislative cadere sulla materia penale rispetto alle *competenze* (Morin *art.* 9102) ma lo studio di queste non cade al presente luogo come considerazione di per sè stante. Che se la mutazione della *competenza* non è che un effetto consequenziale della mutazione di *pena*, questo effetto ulteriore non merita una trattazione speciale. La variazione della competenza sarà una deduzione spontanea della variazione del titolo o della pena.

§. 745.

Questi mutamenti di legge derivano naturalmente dal progresso *umanitario*, non dal progresso del *diritto*; perchè il diritto (come dicemmo, pag. 25 e §. 10) è *assoluto* e *immutabile*. E se la umanità scopre un *vero* dopo quaranta secoli, non è già che soltanto oggi sia *nato* quel *vero*, non è la *verità* che progredisce; è la umanità che progredendo nel suo viaggio perviene a raggiungerne la conoscenza. Ciò che è *contro il diritto* oggi, era *contro il diritto* anche un secolo addietro, quantunque la legge scritta in allora lo proclamasse, per cagione di un errore, *conforme* al diritto, o viceversa. È questa la ragione per cui oggi (a modo di esempio) non più si abbruciano i maghi e gli stregoni, dei quali si fece così orrenda carnificina in passato. Oltre a ciò il mutamento può avvenire per altri lati: perchè o le mutate condizioni politiche di una nazione hanno reso meno importanti certi reati: o perchè la sua cresciuta civiltà, purificandone il senso morale, ha fatto divenire sufficienti alla repressione certi minori castighi, che nella precedente rozzezza, o ferità di quella, non bastavano alla tutela giuridica. Così ne avviene identico resultato

Digitized by Google

per diversa cagione. Ora si muta la penalità perchè si è riconosciuto che è *sempre stata* ingiusta: ora si modifica perchè le mutate condizioni l'hanno fatta *divenire* ingiusta. L'assoluto nel giure sta nei principii: non nei modi della loro applicazione, che debbono naturalmente variare. E di qui chi vuole essere logico bisogna che tragga un altro argomento per riconoscere che la unità di giure penale non è principio assoluto: e che il valore accordato agli *effetti dello spazio nel tempo* bisogna accordarli ancora agli *effetti dello spazio nel luogo.*

§. 746.

La progressività umana porta dunque di necessità a cotesti mutamenti anche nel giure penale. E per quanto *in fatto* possa accadere (e troppo spesso accada) che una legge nuova lungi dal progredire e raggiungere un vero, retroceda invece, e devii da un vero già conosciuto (come avvenne in Francia quando nel 1824 si vollero ristabilire le pene contro i *peccati*); pure cotesta aberrazione, se può deplorarsi dalla scienza e lamentarsi dal popolo, non può ammettersi dal magistrato, pel quale la legge vigente, suprema interprete del diritto, è incriticabile. In faccia al magistrato che deve qualificare la indole del fatto addebitato al giudicabile, la *legge attuale* è sempre conforme al vero diritto, e ne era difforme la legge abrogata.

§. 747.

Ciò posto, è evidente che siffatta condizione di *presunta giustizia* della legge attuale rende inte-

Digitized by Google

ressantissima la indagine relativa agli effetti che le variazioni nelle leggi penali possono esercitare sui fatti consumati sotto la legge modificata.

§. 748.

Certamente simile indagine non cade sui *fatti compiuti:* e tali si considerano rimpetto alla penalità i delitti già *giudicati* irrevocabilmente dai tribunali. Se questi furono colpiti con la pena vigente al giorno della sentenza, la legge diversa sopravvenuta anche prima della totale espiazione della pena, non può retroagire, nè rinnovare l'esame *giudiciale:* e solo l' autorità governativa, quando la legge nuova sia più mite, potrà provvedere per via di grazia: la quale in cotesti casi può divenire talvolta un *vero dovere* (1) di giustizia.

(1) Queste parole, che io scriveva nel 1860, trovai poscia meritevoli di nuovo esame quando nel 1865 il Progetto di nuovo codice penale Italiano presentò un articolo pel quale indistintamente imponevasi che anche le condanne irretrattabilmente pronunciate innanzi dovessero, per ciò che rimaneva della loro esecuzione, modificarsi secondo la legge nuova: e le mie opinioni modificate su questo proposito le espressi nel mio *primo foglio di lavoro* su quel progetto di codice, inserito nei miei *opuscoli vol.* 2, *opusc.* 17, I. E certo è che la proposizione che annunzio nel testo non può accettarsi come assolutamente vera senza restrizioni e limitazioni: per esempio nel caso di condanna capitale.

§. 749.

Ma la indagine è interessante per quei delitti già consumati, che al venire della nuova legge o non

Digitized by Google

erano ancora giudicati, o lo erano revocabilmente. Quando di quei fatti viene a conoscersi *ex integro*, o perchè *non mai* giudicati, o giudicati in modo revocabile per l' *appello*, o per la *purgata contumacia* del reo, dovrà loro applicarsi la legge che vigeva al dì del reato, o quella che vige al giorno della sentenza? Ecco una questione *transitoria* (1).

(1) Vedasi Roberti *corso completo del diritto penale del Regno delle due Sicilie vol. 2, pag. 33, Napoli* 1833.

§. 750.

In quanto il delitto si considera come fatto, esso è consumato inalterabilmente. Esso è tale quale nacque; e gli eventi posteriori non hanno potenza di cangiarne un atomo.

§. 751.

Anche in quanto il delitto si considera come *ente giuridico*, costituito dal rapporto di contradizione tra il *fatto* e la *legge* (§. 35), potria dirsi che egli ebbe eziandio sotto questo aspetto il suo compimento nel giorno in cui nacque. Ma l' ente *giuridico* ha bisogno di continuare la sua vita fino al momento in cui opera il suo ultimo effetto. E se a cotesto momento quella vita si è modificata perchè il rapporto tra il *fatto* e la *legge* è cambiato, la vita dell' ente giuridico, o cessata o modificata, non si trova più in quelle condizioni che le occorrono per operare quel dato effetto: e più non deve produrlo.

Digitized by Google

§. 752.

Bisogna dunque riconoscere che la *nuova* legge penale può esercitare una influenza anche sul delitto *anteriore*. Ma cotesta influenza non può determinarsi senza ricorrere a distinzioni importanti.

§. 753.

Qui devesi innanzi tutto avvertire che se la nuova legge modifica i rapporti di competenza, ella è sempre retroattiva; perchè legge procedurale, e perchè l' opposto sistema genererebbe immense difficoltà nella pratica. Deve pure avvertirsi che se la legge nuova ha proceduto con l' *abolizione* di un *modo di penalità*, applicare l' antica pena incorsa al momento del delitto è divenuto un *impossibile*. O sia dunque *più grave*, o *più leggero* il nuovo *modo* di punizione, ella è una necessità per il giudice applicar questo: salvo al legislatore di provvedere alla equità della proporzione con adatte disposizioni transitorie. In tali due casi la legge posteriore è, per una *necessità materiale*, sempre retroattiva.

§. 754.

Ma quando il *modo* di penalità (per esempio la casa di forza, la galera) è conservato; e per conseguenza *materialmente* possibile lo applicarla anche ai delitti anteriori; e la legge nuova ne varia o nella *specie* o nella *quantità* la irrogazione relativa a certi delitti, dovrà egli ai delitti anteriori applicarsi la pena antica o la nuova?

Digitized by Google

§. 755.

Il principio della non *retroattività* della legge non è assoluto in materia penale. E perciò la *mutazione di legge*, sebbene trascurata dai vecchi istitutisti, deve nella scienza figurare tra le cause *giuridiche* (o intrinseche alla pena) di modificare la misura di punizione che sarebbesi incorsa dal delinquente ove si fosse giudicato al momento del suo malefizio (1).

(1) Non impugno poter talvolta la legge nuova con la sua modificazione esprimere un giudizio sulla *imputazione* del delitto, anzichè un giudizio sulla *penalità*. Lo esame di questi casi avrebbe dovuto pertanto cadere in altro luogo; e precisamente là dove si parlò delle modificazioni, non delle pene, ma della *imputazione*. Ciò avrebbe portato a ripetere la teorica in due luoghi. E perciò ho preferito di ometterla alla materia della *imputazione*, e riserbarla intera a questo luogo; sì perchè la verità dei principii non ne soffre; sì perchè il caso più ordinario è quello che la nuova legge modifichi soltanto la *penalità*; sì perchè sempre la modificazione della *penalità* è la conseguenza *sensibile* della innovazione. Sarebbe una modificazione non di *pena* ma di *quantità* di delitto, quando la legge nuova (a modo di esempio) dicesse che il famulato non si consideri più come furto qualificato: ecco, in questa ipotesi *la penalità* dei furti qualificati è inalterata; si è modificata la *nozione di un delitto*. Al contrario modifica soltanto la *penalità* la legge nuova che dica (a modo di esempio) i danni dati non si puniscano più col *carcere*, ma con la *multa*: ecco, in questa ipotesi non si altera la *nozione del delitto*, ma puramente la *penalità*. Ma nell' ordinare un corso teoretico se si ponesse mente a tutte queste possibili varietà, si cadrebbe in infinite ripetizioni. È necessità raggruppare i principii generali che

Digitized by Google

regolano certe questioni, in un dato luogo, sebbene in qualche caso speciale siffatta collocazione possa sembrare meno esatta.

§. 756.

Nessuno osa asserire che il principio della *non retroattività* debba tacere *in odio* del delinquente. Se la nuova legge dichiara delitto ciò che non lo era; o infligge ad un reato più gravi pene di quelle che comminava l' antecedente; il fatto che nacque sotto l' antica legge ha ormai quesito al delinquente il diritto di non vedere deteriorata la sua sorte per le nuove idee del legislatore. Il delitto è un ente giuridico costituito dal rapporto di contradizione tra un fatto e la legge: non può esistere contradizione tra ciò che si fa e una legge che *ancora non è* (1).

(1) Questa circostanza si direbbe da qualche Francese una *scusa legale*. Ma sarebbe anche qui una locuzione falsa e sofistica. Le condizioni di ogni delitto sono irretrattabilmente determinate dalla sua cronologia: *nunquam ex post facto crescit praeteriti criminis aestimatio.*

§. 757.

Ma nel caso rovescio il principio della *non retroattività* deve cedere in faccia a riguardi non solo di umanità o di politica (che in tal senso la causa non sarebbe *giuridica*) ma bensì a precetti di *stretta giustizia.*

Digitized by Google

§. 758.

Cosa dice la nuova legge che modifica la penalità di un delitto? Essa proclama che a quel delitto era *ingiusto* lo irrogare quella pena che l' antica legge incautamente gli comminava. Ora sotto l' impero di questa nuova legge il magistrato applicherebbe il rigore della legge abolita, adagiandosi sul pretesto che al giorno del delitto, per l' errore oggidì corretto dal legislatore, *si credeva giusta* l' antica pena. Sarebbe *secundum jus scriptum*, ma non *secundum justitiam*. Insistendo sulla idea di un *rapporto obbligatorio* già creato dalla legge esistente al tempo del commesso reato si cadrebbe nello errore di applicare in penale le regole degli atti e convenzioni civili; e si convertirebbe il delitto in un *quasi contratto*. La irrogazione della pena per parte del giudice attiene alla esecuzione della legge: ma la legge nuova modificando la pena in pro del reo, viene ad essere per implicita necessità ostativa alla *esecuzione* della legge anteriore derogata (1).

(1) Lo stesso ragionamento procede quando la nuova legge abbia reso arbitraria nel giudice una pena che prima era *assolutamente determinata*. Così il nuovo codice di Baviera del 1861 si elogia generalmente perchè ha restituito all' arbitrio del giudice una larghezza maggiore nella determinazione delle pene: e si ripete che questo è un progresso, perchè le *idee del giorno* e lo stato attuale della scienza esigono codesto arbitrio. Non è qui luogo a discutere se questo ritorno alle idee di un secolo addietro, e questo ravvicinamento alla proporzione *armonica*, sia veramente un progresso. Chiunque confronti ciò che oggi si scrive per mostrare che

Digitized by Google

è un progresso accordare larghezza all' arbitrio del giudice; e ciò che si scriveva 80 anni addietro onde persuadere che era un progresso togliere ai giudicanti ogni arbitrio, comprenderà facilmente che l' una o l' altra volta si è abusato della parola *progresso*. Ma sia che vuolsi di ciò, certo egli è che quando la legge nuova accordi tale arbitrio, la medesima influisce sui delitti anteriori, sebbene parli tassativamente dell' avvenire, purchè il giudice dell' arbitrio novellamente concesso usi a favore soltanto dell' accusato.

§. 759.

Di qui la regola che la legge penale posteriore *più mite* si applica anche ai delitti *anteriori* non ancora definitivamente giudicati (1).

(1) Rauter (il grande assolutista) porta una ragione assai svelta per dimostrare che la legge penale più mite della precedente deve applicarsi anche ai delitti anteriori alla sua promulgazione. Il Principe, egli dice, col minacciare una pena più mite *ha rinunziato al diritto* che aveva di applicare la più severa. In questa formula si chiude un acervo mostruoso di errori. Si considera la punizione dei delitti come un *diritto del Principe:* si suppone che egli abbia balìa *di rinunziare* a tale diritto anche a pregiudizio della pubblica sicurezza: si riproduce *a posteriori* nella scienza quella idea *di contratto* che tutti hanno ormai rejetto *a priori*. Ma questa formula non è che uno svolgimento del falso e fatale principio, ogni giustizia emana dal Re. La regola che noi insegnamo nel testo, è ottima, ma Rauter volle difenderla con un argomento pessimo.

§. 760.

Questa regola inconcussa si estende anche al caso di *ripetute variazioni* di legge. Se alla legge antica

Digitized by Google

più severa fu sostituita una legge più mite, e poscia tornossi alla pristina severità: il delitto commesso sotto la prima legge deve, malgrado la terza, profittare della *mitezza intermedia,* perchè al pubblicare della seconda legge aveva il delinquente quesito il diritto alla di lei mitezza; nè il *ritardo* nel giudicarlo deve tornare a suo danno, nè questo diritto può essere a lui per la terza legge ritolto (1).

(1) Vedasi Raffaelli *nomotesia penale vol.* 5, *pag.* 63. Avvi un caso singolare di applicazione della presente teorica nella ipotesi di un *cambiamento* di legge non sopravvenuto ma *prestabilito.* Ciò si verifica quando una legge penale sia stata dettata con precisa disposizione che essa debba durare *per un dato tempo soltanto,* per esempio per un anno. Non sembri fantastica questa ipotesi: essa è tratta dalla storia, e divenne una realtà nel caso risoluto dalla Cassazione di Francia il 24 settembre 1868: Morin *art.* 8910. Un delitto era stato commesso durante l'anno nel quale la legge eccezionale aveva vigore: si volle peraltro portarlo a giudizio e sottoporlo a condanna dopo spirato l'anno. Ma fu deciso che una legge penale non poteva ricevere esecuzione in un tempo in cui essa non era più in vita, neppure quando si voleva applicare a fatti che si erano compiuti quando essa era in vita. Tale sistema è giusto, sebbene incontri la speciosa obiezione che in tal guisa la legge dettata per un anno non durerà mai un anno, ma sempre qualche mese o qualche settimana meno, per la necessità di un intervallo fra la sua violazione ed il giudizio definitivo.

§. 761.

Tali sono i principii generali su questo argomento: essi in sostanza si ispirano alla regola della *prevalenza della mitezza* (1); la quale può dirsi assoluta.

Digitized by Google

Questi principii per altro sono gravidi di difficoltà nella loro pratica applicazione.

(1) La Corte di Cassazione di Napoli col Decreto del 10 marzo 1865 insegnò che in ogni caso di mutazione di legge penale dovesse ai giurati proporsi duplice questione: l' una formulata con gli estremi della legge antica, l' altra con gli estremi della legge nuova; affinchè potesse poi giudicarsi dalla Corte in punto di diritto se il fatto per le circostanze che lo accompagnano incontri severità maggiore o minore in faccia alla vecchia o alla nuova legge. Ciò parmi comprovare che decidere qual sia la legge più mite (sebbene dipenda da questioni *di fatto*) sia poi una vera pronunzia di diritto.

§. 762.

Finchè trattasi di mutazione di *specie* di pena, o di mutazione nel solo più o nel solo meno della *quantità*, siamo nel caso semplice, e la soluzione del quesito pratico è facilissima. Ma la difficoltà sorge nel caso complesso. Cioè quando la legge nuova presenta non una mutazione del solo *maximum* o del solo *minimum* della durata della pena; ma una mutazione di ambedue. Suppongasi che la legge del 1872 punisse un fatto col carcere da un mese a quattro anni; e la legge del 1873 lo punisca col carcere da uno a tre anni: o viceversa. Deve giudicarsi oggi un fatto avvenuto sotto la vecchia legge. Ammessa la regola astratta che debbasi applicare la più mite, resta a decidere qual è di quelle due la più mite. Se si guarda ai *minimi* è *più mite* l' antica; se si guarda ai *massimi* è *più mite* la nuova.

Digitized by Google

§. 763.

Alcuni (Chauveau, Morin, Haus §. 87, ec.) insegnarono che debba aversi come più mite la legge *che abbassa il maximum.* Ma se contemporaneamente eleva il *minimum*, non si viene egli alla conseguenza che a un fatto, a cui per la sua levità, quando fu commesso si sarebbe irrogato un mese di carcere, non possa più per la legge nuova (giudicata *più* mite per l' abbassamento del *maximum*) applicarsi meno di un anno?!

§. 764.

Altri (Bertauld, Trébutien, ec.) pensarono doversi dire sempre più mite la legge che abbassa il *minimum.* Ma se contemporaneamente eleva il *maximum*, non ne viene egli la conseguenza che a quel reato, a cui per la legge vegliante al giorno della sua consumazione non poteva irrogarsi più di tre anni di carcere, se ne infliggano quattro in virtù della legge posteriore, sotto lo specioso pretesto che la nuova legge è più mite?!

§. 765.

Altri (Le Sellyer) immaginò un calcolo di *proporzione;* e fece dipendere la soluzione del quesito dal vedere se è maggiore l' aumento del *maximum*, o l' abbassamento del *minimum.* Ma questa formula (sebbene forse matematicamente sia vera) giuridicamente è in sostanza arbitraria, e non ri-

Digitized by Google

para a nessuno inconveniente. E poi se per avventura le differenziali si eguagliano (perchè la legge nuova abbia al tempo stesso elevato il massimo di sei mesi, e di sei mesi abbia abbassato il minimo) non scioglie il problema.

§. 766.

Altri opinò doversi lasciare al reo la *scelta,* e dargli facoltà di dichiarare quale delle due leggi egli considera come più mite. Sistema repugnante al principio che non ammette convenzioni efficaci in materia penale. Altri pensò di riunire le due leggi, e applicarle ambedue in ciò che avevano di più mite. Ma questo sistema fu censurato dalla Corte di Cassazione di Firenze: la quale riconobbe assurdo che un *fatto unico* si giudicasse contemporaneamente con *due* leggi.

§. 767.

A me pare che la questione non possa risolversi con una proposizione *assoluta:* perchè quando nella comparazione di due leggi vi sono due lati difformi, nell' uno dei quali prevale il rigore, nell' altro la mitezza, è impossibile trovare l' assoluto in cosa che è in sè stessa variabile; e dare una unica definizione ad una cosa che ha due modi di essere affatto difformi.

§. 768.

Dovrebbe dunque, a mio credere, decidersi dal magistrato chiamato ad applicare la regola della

Digitized by Google

prevalenza della legge più mite, innanzi tutto la questione della quantità e del grado d' imputazione del fatto; e con questa ricerca stabilire preliminarmente se al fatto criminoso del giudicabile nelle sue speciali condizioni risponde il grado massimo o il grado minimo della imputazione.

§. 769.

Risoluto in ciaschedun caso questo primo problema con una formula speciale, si rende facile allora il decidere se la mitezza maggiore stia nella legge che abbassa il *maximum* o nella legge che abbassa il *minimum*. Niente esige che si sciolga il problema con una proposizione assoluta dove l' assoluto è impossibile; niente repugna che la prevalente mitezza non si determini per una formula astratta e costante destinata a colpire tutti i giudicabili, quando questa può riescire in un numero di casi fallace e contradittoria al suo stesso principio. Niente repugna che la si determini invece per un calcolo concreto, che mai non inganna.

§. 770.

Analoga è la questione transitoria che sorge circa la mutazione di legge sulla *prescrizione*. Se il delitto fu commesso sotto una legge che stabiliva la prescrizione (per esempio) a 10 anni, e poscia (per esempio) nell' anno successivo la legge variata ha portato il termine a 5, o a 15 anni; i colpevoli che incoarono la prescrizione sotto la prima legge, ove siano arrestati nel primo caso dopo 6 anni, o nel

Digitized by Google

secondo caso dopo 11, potranno essi invocare la prescrizione?

§. 771.

La questione si complica in questo argomento per la natura proteiforme della *prescrizione;* la quale sotto un aspetto sembra legge di *forma,* e sotto un altro legge di *sostanza.*

§. 772.

Se la prescrizione si considera come legge di *forma* o procedurale, la regola è che coteste leggi sono di natura loro retroattive. Se si considera come legge di *sostanza* vince la regola opposta. Quindi il conflitto dei sistemi.

§. 773.

Alcuni la considerarono come legge di *forma;* e dissero doversi applicare sempre la *legge nuova.* Questo sistema trovò obiezione nel principio che le leggi sopravvenute non possono mai *deteriorare* la sorte del delinquente che violò la legge anteriore (1).

(1) Questa opinione poteva dirsi rejetta dalla giurisprudenza, e antiquata nelle scuole. Ma recentemente è piaciuto a qualcuno di risuscitarla e prendere a sostenerla come la più vera delle quattro contrarie nelle quali si riassume ogni possibile soluzione della controversia, perchè è destino anche delle opinioni giuridiche di subire una vicenda come ogni altra cosa del mondo; lo che deriva da questo che ogni scrittore ama di dire cose nuove o avere apparenza di dirle tali,

Digitized by Google

ma siccome il dir cose nuove non è dato a tutti, così pigliasi una vecchia idea abbandonata e rejetta e si rimette alla luce. Gli argomenti coi quali vorrebbesi rinnegare la regola della prevalenza della legge più mite per condurre sempre la prescrizione sotto la legge nuova quantunque più severa della precedente, e darle così una retroattività che può essere fatale a molti condannati vicini a compire la prescrizione, sono di pochissima o niuna concludenza. Essi consistono nel *confutare* piuttostochè dimostrare: metodo artificioso, facilissimo, e che troppo spesso adoperato riesce troppo spesso ad illudere, ed a fare trionfare il sofisma. Si vuole sostenere una opinione, ed anzichè portare gli argomenti che darebbero sostegno a tale opinione si piglia a confutare la opinione contraria: ed in questa confutazione si scelgono gli argomenti più deboli della opinione contraria, si mostrano agevolmente erronei, e tosto si grida, la ragione è per noi. Ma questa è falsa dialettica, perchè avvenendo spesso che a sostenere una opinione *vera* si siano addotti argomenti *erronei*, non è logica conseguenza che la confutazione di un argomento erroneo mostri erronea la opinione che si combatte quando questa si sostiene per altre ragioni non combattute, e quando non si portano argomenti decisivi a sostegno della opinione opposta. Qui il conflitto non stava fra la dottrina che vuol prescrivere con la legge *nuova*, e la dottrina che vuol prescrivere con la legge *vecchia*. Ambedue per noi sono erronee ed inaccettabili. Il conflitto stava fra la dottrina che vuole prescrivere con la legge *più mite* e la dottrina che vorrebbe prescrivere con la legge *nuova* benchè più severa. Ora per obiettare contro la prevalenza della legge più mite si sono spese parole a mostrare la futilità dell' argomento tratto dall' art. 2281 del codice Napoleone e dell' asserto di diritti quesiti nel condannato. Censure giustissime che valgono a combattere il sistema della prevalenza *assoluta* della legge *vecchia*. Ma con ciò niente si è detto contro la prevalenza della legge più mite. Ora questa si assoda sovra un principio di umanità, il quale non tollera che di due delinquenti i quali commisero

Digitized by Google

uguale reato nel medesimo giorno ma l'uno fu condannato il 10 di aprile e l'altro l'11 aprile 1865, il primo abbia prescritto la sua pena il 10 aprile 1870, e l'altro non la prescriva fino all'11 aprile 1875 per la sola ragione che nel giorno fatale per lui sopravvenne una legge la quale tramutò la prescrizione dei cinque anni ai dieci anni; o non prescriva mai se la nuova legge abolì la prescrizione della pena. È questa la ragione più solida che fa eccezionalmente prevalere la legge vecchia quando è più mite della legge nuova. Ed a tale considerazione non trovo che siasi dato risposta nessuna per parte degli oppositori. Del resto la regola generale della non retroattività della legge nuova quando è più severa, e della sua retroattività quando è più mite ha un fondamento di giustizia nella diversità che intercede fra la situazione della società in faccia al colpevole, e del colpevole in faccia della società. La legge nuova è un fatto spontaneo della società; nulla vi ha dunque d'iniquo se essa si giudica vincolata dal fatto proprio, e le s'interdice di ricusare agli antecedenti colpevoli quella mitezza che essa proclama giusta per i futuri. Ma allo inverso è iniquo che la società si faccia diritto a danno altrui per un suo fatto volontario, e possa d'arbitrio deteriorare la condizione di un cittadino il quale se fu colpevole lo fu sotto una legge più mite. Noi non diciamo che costui abbia un diritto quesito alla mitezza: non questioniamo su questa formula perchè non ne abbiamo bisogno. È la *equità* il fonte del suo diritto quando chiede di essere giudicato secondo la legge che egli violò, e non secondo una legge che non poteva nè conoscere nè prevedere.

§. 774.

Altri la considerarono come legge di *sostanza;* e dissero doversi applicare sempre la *legge antica.* Questo sistema, benchè più logico (perchè il reo subisce sempre la posizione che si è fatta) trova

Digitized by Google

pur esso ostacolo — 1.° nelle considerazioni di ordine pubblico che dominano la prescrizione — 2.° nell' assurdo che possa vedersi coperto da prescrizione un delitto commesso (per esempio) *sei* anni addietro; mentre si perseguita, perchè non prescritto, un reato uguale commesso *nove* anni addietro.

§. 775.

Merlin, che troppo spesso portò nelle materie penali il criterio del civilista, immaginò un sistema di *ratizzo* istituito sopra una ragione composta del tempo richiesto dalla legge antica, del tempo richiesto dalla legge nuova, e del tempo decorso tra la consumazione del delitto e la pubblicazione della nuova legge. La differenza fra la risultante di cotesta proporzione e il termine nuovo, rappresenta il tempo che occorre al colpevole per compire la prescrizione (1). Ma questo sistema è, come ognuno vede, *arbitrario*, e non applica nè la legge vecchia nè la legge nuova, ma una legge creata da Merlin. Pure anche qui l' autorità di tanto uomo fu soverchiante, e riuscì per un momento a fare adottare cotesto suo sistema dalla pratica dei tribunali francesi.

(1) Sia, per esempio, 10 anni il tempo antico; sia 6 il tempo consumato; sia 20 il termine nuovo — 10 : 6 : : 20 : 12 — occorrono al reo non 14 anni come nel primo sistema, nè soli 4 come nel secondo, ma altri 8 anni per prescrivere. Sia invece 12 il termine antico; sia 4 il tempo consumato; sia 6 il termine nuovo — 12 : 4 : : 6 : 2. Il colpevole non prescrive con altri due anni come nel primo sistema; nè gliene occorrono altri *otto* come nel secondo sistema; ma

Digitized by Google

gliene abbisognano altri *quattro*, differenza tra la risultante della *proporzione* e il termine nuovo.

§. 776.

Ma lo stesso Merlin dovette poscia ricredersi, e richiamare la stessa pratica dall'errore in cui l'aveva sospinta. Sicchè può dirsi ormai abbracciato generalmente, e nella teoria e nella pratica, un quarto sistema sostenuto con più razionalità da valenti criminalisti. Sistema che proclama doversi delle due leggi applicare sempre quella che era *più favorevole all' accusato*, o fosse tale la vecchia o fosse la più recente che immutò il termine della prescrizione, sia dell'*azione*, sia della *pena* (1).

(1) Si è recentemente fatta una censura a tutti coloro che avevano finquì trattato la questione della retroattività o non retroattività di una nuova legge sulla prescrizione penale, avvertendo che nessuno aveva distinto fra prescrizione d'azione e prescrizione di *pena*. Ma io non giungo a comprendere come si possa distinguere, perchè (nel modo mio di vedere) anche quella che comunemente dicesi *prescrizione di pena* non è che una prescrizione di *azione*. Il furto commesso da Tizio lo espone all'*actio furti* finchè non è condannato; dopo la condanna lo rende passivo della *actio judicati*. Io non so vedere la differenza. La differenza è certamente radicale finchè si disputa se debba *ammettersi* la prescrizione contro la *pena* ugualmente che contro l'*azione* punitiva: cioè se la *actio judicati* sia prescrittibile come la *actio furti*. La differenza è sostanziale finchè si disputa sulle differenziali dei *termini* fra le due prescrizioni, supposte entrambo ammissibili. Ma risoluti questi due primi problemi; ammesse entrambo le prescrizioni, e determinate le respettive durate;

Digitized by Google

quando si viene ad esaminare gli effetti della teorica della non retroattività nella ipotesi di un cambiamento di legge caduto o sull' ammissione o sulla durata di una o di altra di quelle prescrizioni o di entrambo, allora io ripeto che non arrivo a discernere la ragione di condurre il problema della retroattività a soluzioni differenti dipendentemente dalla differenza che passa fra prescrizione di *azione* e prescrizione di pena. Ripeto che non so concepire tale differenziale, nè coloro che mi hanno fatto censura di non averla avvertita si sono presi cura d' illuminarci sul perchè si sarebbe dovuta avvertire.

§. 777.

Cotesto sistema guarda la prescrizione come legge di *sostanza:* esso, quando la legge più favorevole è l' antica, è dominato dal principio inconcusso di giustizia, che la legge nuova non può deteriorare le sorti del reo; mentre, quando la più favorevole è la nuova, si appoggia al principio che la prescrizione in materia penale è di ordine pubblico.

§. 778.

Sicchè tutta questa dottrina della influenza giuridica che la legge nuova può esercitare sulle pene applicabili ai fatti anteriori, si riassume in una sola formula, che offre la soluzione di tutti i problemi e di tutte le combinazioni possibili. In tale argomento — *prevale sempre ciò che più torna in favore dell' accusato.* Ecco la ultima verità alla quale deve condursi cotesta teorica.

FINE DELLA SECONDA SEZIONE

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

DEL GIUDIZIO CRIMINALE

Digitized by Google

Digitized by Google

INTRODUZIONE

ALLA TERZA SEZIONE

GIURATI E MAGISTRATI

Il giudizio criminale è il terzo momento di fatto nel quale, dopo avere regolato il *divieto* e la *sanzione* del divieto, si svolge e si completa il magistero punitivo secondo la scienza. Questo terzo argomento è più importante dei precedenti, perchè è quello che viene a porre a contatto di esseri viventi e sensibili la parola della legge criminale che vieta e punisce. Il *divieto* sarebbe una poesia se a lui non facesse seguito la *sanzione*. La *sanzione* sarebbe una vana jattanza se a lei non facesse seguito il *giudizio*, e la conseguente esecuzione effettiva del giudicato. Questo da ognuno si intende.

E difatti nella storia della penalità possono i remoti tempi fornirci barbari esempi di *giudizi* improvvisati senza precedenti determinazioni positive del *divieto* e della *sanzione* alla foggia con la quale tuttavia procede in alcune parti dell'America il così detto *giudizio di Link*. Ma nessun periodo di storia

Digitized by Google

mai ne lasciò l' esempio di *divieti* e *sanzioni* che non fossero preordinate all' ultimo fine del *giudizio*.

Nel giudizio criminale furono senza fine le variazioni dei *riti;* ma lasciando per ora da parte la indicazione di queste varietà, vediamo sorgerci innanzi prima di ogni altra la varietà delle *persone* chiamate ad esercitare autorità sui colpevoli in questo terzo momento.

Dei tempi primitivi, nei quali la pena era una vendetta privata, e l' offeso si costituiva giudice dell' offensore, io qui nulla vo' dire; come nulla vo' dire di quei notissimi periodi di teocrazia nei quali signoreggiando l' idea di cercare nella pena la vendetta della offesa divinità, i sacerdoti ebbero naturalmente la balìa di ogni meandro nel magistero punitivo.

Dove il fondamento della penalità tutto si concentrava nello individuo offeso il sentimento era la sola guida; la ragione era muta in faccia alla passione della vendetta: che se una vaga idea di diritto si mischiava alla reazione dello offeso era questa una espressione indeterminata della vendetta personale, e nulla più.

Dove il fondamento della penalità era in un mondo superiore e procedeva dalla volontà divina, rendevasi ugualmente vano cercare un ordine di ragione nelle forme del giudicare. La ragione umana è muta quando parla l' oracolo.

Bensì l' ordine razionale del giudizio punitivo prende le mosse dal momento in cui viene a scomparire la idea di vendicare l' individuo o di vendicare la divinità. Allora cessa la cieca obbedienza all' impeto passionato del primo ed al comando imperscruta-

Digitized by Google

bile della seconda. Allora il magistero penale, non più ufficio nè dello offeso nè del sacerdote, diventa ufficio della umanità, e viene soggetto al governo della umana ragione. Il fondamento della penalità è divenuto questo supremo vero che il delitto sia una offesa della intera consociazione, e che a giudicare il colpevole dovesse chiamarsi un' autorità che la intera consociazione rappresentasse. Da questo punto di partenza venendo fino ai dì nostri ci si presenta lo svolgimento storico del vero giudizio criminale. E qui si trova costante e perenne l' alternativa di due metodi opposti che si esprimono con le due formule *giudici cittadini*, e *giudici magistrati*. Possono essere infinitamente variate col variare dei tempi, dei costumi, e dei luoghi le forme pratiche con le quali si vennero svolgendo quelle due idee; ma le idee cardinali non sono e non possono essere che due. O giudica il popolo; o giudica un numero di uomini destinati a tale missione dalla autorità del Governo.

Storicamente nelle fasi primitive della umana consociazione è indubitato che il giudizio popolare precedette il giudizio magistrale. La ragione persuade che dovesse essere così, e tutti i monumenti conservati dalle singole Nazioni, o come storie, o come tradizioni, comprovano ciò che la ragione basterebbe sola a persuadere.

Certamente se ci fermiamo all' altro confronto tra la giustizia amministrata *a nome di Dio* e la giustizia amministrata *a nome degli uomini*, la prima precede nel suo corso storico la seconda. E quella si bipartisce alla sua volta in due fasi, nella prima delle quali il Dio giudice e vendicatore venne rap-

Digitized by Google

presentato dai Sacerdoti; e nella seconda venne rappresentato dai Re come per incarico speciale ricevuto da Dio. In queste due fasi però siamo sempre nei termini della giustizia divina. Ma quando si passa a contemplare il periodo della giustizia *umana,* ossia di una giustizia che si amministra a nome degli uomini e per un interesse tutto terreno, nello esercizio di questa giustizia il popolo precede storicamente i Magistrati.

È dunque una ricerca futile e prepostera quella che propone come problema da sciogliere *l' origine della Giuria.* Quando di due stati di fatto è necessità logica che l' uno fosse *primo* cioè anteriore; e l' altro *secondo,* cioè posteriore; è puerile concetto, è fantastica indagine quella di chi vada rintracciando l' origine del *primo* fatto. Non sarebbe egli ridicolo chi cercasse l' origine del costume degli uomini di andare a capo scoperto quasichè fosse possibile che l' uso del cappello avesse preceduto la costumanza di fidare il riparo del capo alla sola capigliatura? Cercate l' origine dei giudici Magistrati, e quella voi potete trovare: ma l' origine dei giudici popolari si confonde con l' origine del giudizio criminale esercitato a nome degli *uomini.* E soltanto per successive modificazioni al Comizio popolare ed ai cittadini scelti nel Comizio a giudicare i colpevoli, si sostituirono per succedaneo processo gli uomini privilegiati, i giudici magistrati. Quando si fa la storia generale di una istituzione è grave errore cercare ciò che può essere avvenuto presso particolari popoli nelle loro storie speciali. Bisogna leggere nel gran libro della storia della umanità? Può essere benissimo che in una storia particolare di un

Digitized by Google

popolo trovisi che nel primo fondarsi di quella Nazione esso avesse giudici Magistrati, e poscia a questi si venissero sostituendo i giudici cittadini perchè quella prima forma era piaciuta al Duce che guidò quelle turbe, e le compose a nazione, e diede loro stabili ordinamenti. Ma al tempo stesso la storia di altri popoli vi farà testimonianza che al primo costituirsi di quella Nazione essa ebbe affidata ai cittadini la sua giustizia penale, come dei prischi Siculi ci ha narrato lo illustre La Mantia (1) avere essi goduto del benefizio dei giudici popolari assai prima

(1) *Il conoscere delle controversie di fatto nei civili e criminali giudizi non era dato a soli magistrati, pochi di numero ed investiti di pubblica autorità permanente. Era al contrario di quel tempo nella Grecia ed in Sicilia, chiamato alle funzioni giudiziali ogni cittadino che per legge non ne fosse escluso; perciocchè coloro che aveano dalla ingenua nascita la libertà e l' esercizio dei diritti politici, cotali sovrani poteri riguardavano come loro proprietà morale e inviolabile, e ne formavano precipua cura in quei tempi, nei quali il lavoro dei servi in ogni arte od industria, dispensavali dalla continua occupazione, e vigilanza dei privati interessi. Erano perciò i liberi cittadini a un tempo membri delle assemblee politiche e guerrieri, e difensori armati della patria, e giudici chiamati a conoscere il fatto o il diritto. Oltre i pochi più esperti o intelligenti, e che soli erano eletti alle dignità di magistrati di ogni genere, eravi perciò nei giudizi l' intervento dei privati cittadini, che a sorte e nel numero designato veniano eletti, in modo somigliante ai giurati delle posteriori e delle moderne istituzioni giudiziali* — La Mantia *Storia della legislazione civile e criminale in Sicilia, epoca antica, tempi primitivi e Greco-Siculi, cap. 4, pag.* 179, *Palermo* 1858.

Digitized by Google

che Romolo fondasse Roma, e prima che verso l'anno 300 di questa Repubblica i Romani avessero fatto la conquista di quell'isola. Uguali osservazioni possono ripetersi nelle antiche Repubbliche Greche. Ma che monta ciò? Nella storia universale di una istituzione questi fatti speciali non hanno significanza.

Frivola ugualmente in questa fondamentale ricerca è la obiezione che si tragga da una variazione di forme. Possono essere giudici popolari tanto quelli che seggono in un consesso di mille, quanto se in un consesso di trecento o di dodici. Possono essere giudici popolari tanto quelli che si destinano dalla sorte quanto quelli che fra i privati si scelgano a turno da qualche Autorità. Possono essere giudici cittadini tanto quelli che giudicano a solo quanto quelli che nel sistema misto giudicano insieme con i Magistrati. E ciò tanto se la promiscuità dello intervento avvenga con giurisdizione intera su tutte le questioni, come negli Scabini di Germania; quanto se avvenga con giurisdizione repartita secondo il differente obiettivo del fatto e del diritto, come nella moderna Francia.

Quando si ricercano le origini delle varie istituzioni e si studia la relativa prestanza delle rispettive idee fondamentali, è vera inezia fermarsi a queste accidentali modificazioni di un sistema che deve prendere la specialità del suo essere dai criteri fondamentali. La *sostanzialità* della differenza fra i due sistemi sta in una sola idea. O i giudizi criminali si esercitano esclusivamente da persone privilegiate, scelte dal Governo e da lui stipendiate (impiegati) o si esercitano da liberi cittadini. Si chiamino questi o giurati o scabini o notabili o pari

Digitized by Google

o con altro qualsiasi nome, tutto torna all' istesso sono sempre giudici cittadini. Si chiamino gli altri o Consiglieri o Auditori o Luogotenenti o con altro qualsiasi nome tutto torna all' istesso. Sono sempre giudici che dipendono dal governo.

La grande e fondamentale questione che si combatte da tanti secoli, e che ha dato occasione a tante lotte a tanto spargimento di sangue ed a perenni discordie nelle varie genti, è nell' ordine politico amministrativo fra l'assoluto comando di uno o più individui privilegiati e la partecipazione al comando renduta possibile a tutti i consociati.

La grande e fondamentale questione nell' ordine giudiciario è quella che cade sul determinare se la giustizia punitiva si eserciti da uomini che rappresentano l' autorità sovrana dello Stato; o si eserciti da uomini che rappresentano tutti i consociati. E in quest' ultimo argomento il problema vitale si è se possa mai dirsi che un popolo gode di quella libertà civile alla quale uomini ragionevoli hanno diritto di aspirare senza perdere il loro intelletto nei turbini di una licenza dissolutrice, finchè il Governo col mezzo dei suoi stipendiati ha in mano la balìa di decidere della vita, degli averi e della libertà di ogni membro della consociazione.

Si studino accuratamente le singole forme e le speciali guarentigie che possono giovare alla salvezza degli innocenti e degli onesti avverso una ingiusta accusa. Interessantissimo è cotesto studio e fecondo di utilissimi risultati. Ma preliminarmente a queste pratiche indagini si risolva il vitale problema: *chi avrà il diritto di giudicare se io sono o no meritevole del carcere o della galera?* I popoli

Digitized by Google

che hanno accolto nell' animo un ardente amore per la libertà sintetizzato col celebre motto inglese *a crust of bread and liberty* (datemi a mangiare una crosta di pane ma datemi la libertà) hanno sempre lottato per ottenere i giudici cittadini. I popoli inerti neghittosi e innamorati del sonnolento servaggio si sono uniti con i despoti, fossero questi o Monarchi o oligarchi nella proscrizione dei tribunali popolari. Questo fatto eloquentissimo non teme impugnativa.

Ai bei tempi di Carmignani, fra le notabilità Europee che accorrevano a Pisa per udirne la prestigiosa parola, fuvvi il celebre e dotto M. Jouffroi. Nei varii giorni della sua dimora in Pisa, lo illustre pubblicista francese, trovatosi ad ascoltare alcune invettive del Professore Pisano contro il sistema dei Giurati, alle parole del venerato maestro diede una semplice e recisa risposta: *le vostre argomentazioni saranno giustissime; ma i Giurati sono l' avanguardia della libertà.*

Ma dunque Carmignani era avverso ai Giurati?

Intendiamo la opinione del Maestro, ed avremo inteso entro certi confini la opinione del discepolo. Nei Giurati sono a guardarsi due cose, che il volgo non sempre convenientemente distingue, ma che sono sostanzialmente diverse fra loro: la questione del *metodo*, e la questione delle *persone*.

Il *metodo* da discutersi è quello del giudicante che risponde *sussiste* o *non sussiste la colpevolezza di quell' uomo*, senza altro dire, bastando che siasi dichiarato convinto per mera *ispirazione del sentimento;* e senza obbedienza a precetti giuridici; posto a fronte del metodo del giudicante, che dopo

Digitized by Google

avere dichiarato *sussiste* pone in carta e consegna ai posteri ed ai revisori contemporanei e futuri le *ragioni* per le quali si è dichiarato convinto. Chiamerò il primo convinzione *autocratica;* darò al secondo il nome di convinzione *ragionata.*

La questione delle *persone* è tutta semplice, fra il giudice *magistrato,* e il giudice *cittadino.*

Ma la questione delle *persone* si connette con la questione del *metodo* in questo senso: che il giudice *cittadino* conduce di necessità alla convinzione *autocratica.* Mentre al contrario il giudice *magistrato* si presta indifferentemente a servire alla convinzione *autocratica* come alla convinzione *ragionata.* Ora è manifesto che chi è nemico alla convinzione *autocratica* deve osteggiare il giudice cittadino che non ammette altro modo: ed osteggiarlo per giungere al secondo passo del ristabilimento della convinzione *ragionata,* e giustificata con i precetti della legge e della critica giuridica. Ecco il genuino concetto del mio Maestro. Esso era nel fondo dell' anima contrario alla convinzione manifestata per *sì* e per *no,* la quale da lui soleva designarsi con la figura del Cadì. Ma teneva ugualmente come *Giurati* gli uomini vestiti di toga come gli uomini in abito civile quando non lasciavano monumento scritto dei fondamenti delle loro convinzioni; e così rendevano impossibile ogni sindacato ed ogni *revisione,* di una sentenza condennatoria quando anche fosse capitale, sebbene fondata sopra i più funesti equivoci e sopra i più fallaci sofismi. La proscrizione dei Giurati nella sua teoria non era che la conseguenza della proscrizione del *metodo,* ed un logico correlativo della sua avversione ai sistemi del Pubblico

Digitized by Google

Ministero e della Cassazione, ed in generale (sia benedetta l'anima sua) a quanto egli soleva dire *importato a noi dalle baionette francesi.*

Ed un logico correlativo a questo pensiero cardinale del grande Maestro fu ancora la sua decisa avversione alle riforme Toscane del 1838 motivata soltanto dallo essersi convertiti i Magistrati in Giurati: avversione da lui manifestata solennemente dalla Cattedra quando protestò di deporre per sempre la toga defensionale a cagione di quelle riforme. Ma se a lui si fosse posto il dilemma, e renduta obbligatoria la scelta fra i Giurati con la toga, e i Giurati senza toga, cosa avrebbe risposto? In questa dura necessità di mantenere ignota perpetuamente al pubblico, ai posteri ed allo stesso giustiziato la serie delle circostanze sulle quali erasi costruita quella tremenda dichiarazione della sua colpevolezza, avrebbe egli accettato piuttosto l' *abitudine* di un ufficiale anteponendola alle *impressioni* di un vergine cuore? Avrebbe egli disprezzato la seria osservazione del liberale francese? La fede che nutro per le opinioni politiche del mio Maestro mi interdice di crederlo. E questa mia credenza rafforzerò fra poco con l'autorità di lui stesso.

Come poi intendesse il Carmignani doversi attuare la sua decisa predilezione per la convinzione *ragionata*, potè forse rimanere dubbioso in faccia alle sue pubblicazioni puramente teoriche. Ma ogni dubbio scomparve in faccia ai suoi ultimi scritti, come dirò in seguito. Pure anche dai suoi scritti teorici, per ciò che insegna sulla materia degli indizi e delle confessioni, si aveva abbastanza per ritenerlo proclive al metodo delle prove legali.

Digitized by Google

In quanto a me per desiderare la convinzione *ragionata* non aveva bisogno di spingermi così lunge. Io aveva avuto nella mia città natale (dal 1810 fino al 1848) lo esempio pratico della convinzione *ragionata* imposta ai giudici Magistrati: e ne aveva vedute così belle prove da essermi risolutamente persuaso che senza bisogno di ritornare allo antiquato e rejetto sistema delle prove legali, poteva nel giudice magistrato combinarsi la pronunzia per *convinzione* con l'obbligo di *ragionare* la convinzione in sentenza: io aveva per lunga esperienza dovuto riconoscere che la *certezza morale dell'uomo* può dare ragione di sè alla pari della *certezza morale della legge.* E sebbene questa esperienza provenisse da un miserabile Ducato, ciò niente affatto mutava i pensieri miei, non potendo accettare nell'animo il pregiudizio che non sia buona per un vasto reame quella giustizia che è buona per un piccolo Principato. Trista la sorte dei reami ingranditi se questo pregiudizio avesse una base di pratica verità. Questo io esposi assai largamente in uno scritto già or sono molti anni pubblicato da me, e che intitolai *dell'antica procedura Lucchese (opuscoli di diritto criminale, vol. 2, opusc. 46).* Quello scritto cadde presto dimenticato e negletto sotto la solita accusa di regionalismo; ed abbiasi pace, e dorma nel suo sepolcro. Ma la reminiscenza della buona giustizia che amministravasi sotto quel sistema, anzichè obliterarsi, si rinverdisce nel mio cuore ad ogni anno che passa, perchè ogni anno che passa mi mostra sempre più paurosa la giustizia degli uomini consegnata ormai troppo spesso al governo delle passioni. Le mie predilezioni han-

Digitized by Google

no la solida base di una lunga esperienza. L' osteggiamento altrui procede da mere divinazioni e idee preconcette.

Dateci dunque un Magistrato che ci renda ragione del perchè ci crede colpevoli; dateci una critica legale ed una sapienza che non tengasi, come il Dio Brahma, chiusa in un santuario, invisibile, impenetrabile, indiscutibile, incriticabile negli oracoli suoi; ma che si mostri nelle sue splendide forme (e suscettibile di *revisione)* al giudizio altrui; e noi rinunzieremo tranquilli alle vergini impressioni del cuore. Ma finchè volete lasciarci in dubbio se l' oracolo della convinzione emani da una *sapienza* che dobbiamo presumere senza vederne le prove, o piuttosto da un' *abitudine* ufficiale che vediamo, sentiamo, e tocchiamo con mano, permetteteci di desiderare che si conservi la *vanguardia della libertà.*

Un movimento straordinario si è peraltro eccitato nelle menti dei giuristi in Italia da qualche tempo intorno alla istituzione dei Giurati: e vengono in luce pubblicazioni che destano la sorpresa di molti.

Una corrispondenza del *Giornale dei Tribunali di Milano,* inserita nel *n. 81* a *pag. 423,* nota come un fatto che dà seriamente a pensare sull' avvenire d' Italia lo spettacolo testè veduto alla Camera elettiva di una lotta acerrima strenuamente combattuta da illustri veterani costretti a scendere in campo per difendere la Giuria contro veementi attacchi di giovani Deputati che ne incalzavano la abolizione. Non sarà più vera quella sentenza di Giusti — a battesimo suoni o a funerale, muore un codino e nasce un liberale! Dovrà ella capovol-

Digitized by Google

gersi siffatta affermazione di una verità per lunghi anni sentita da tutti?

Altri fa le meraviglie che un giornale di indole progressiva, come l' *Archivio Giuridico,* nell' atto di lasciare Roma per trasferirsi sulle sponde di Alfea, abbia, simile al Parto, lanciato dietro a sè un dardo diretto a ferire nel cuore questa istituzione, che pel corso di secoli tutti vagheggiarono come presidio di libertà. Che sia andato cioè pescando nella *Rivista di Westminster* una diatriba anonima contro i Giurati, la quale facendo un fascio della Giurìa civile e della Giurìa penale, ambedue vilipende più con declamazioni che con ragionamenti; diatriba la quale, compilata ed inspirata da un fanatismo virulento non meritava l' onore di una versione italiana, come al certo non merita l' onore di una seria confutazione.

Altri si atteggia a stupore osservando questo andazzo preso da poco in qua da parecchi giornali di spargere dubbi sulla possibilità della perseveranza di questa istituzione in Italia; e più stupisce al vedere che anche un giornale come la *Nazione,* nato e cresciuto a servire indefessamente la santa causa della libertà (dando pauroso segno di voler cangiare vessillo) abbia in un suo recente numero aperto le proprie colonne ad un articolo che senza mistero profetizza un prossimo generale disinganno sul nuovo ordine di giudizi criminali e la sua prossima inevitabile caduta.

Io niente mi meraviglio di queste oscillazioni, perchè, giunto ormai sull' ultimo declinare della parabola della vita, troppo ho veduto del mondo morale per non comprendere che quelle sono necessità

Digitized by Google

inevitabili di quell' onda perpetua che si chiama vita dei popoli.

Simili oscillazioni a me non fanno meraviglia: perchè ne riconosco nella natura umana e nelle attuali condizioni d' Italia cagioni bastevoli per tollerarle come una dolorosa ma inevitabile necessità.

La natura morale dell' uomo presenta costante il fenomeno di due impulsioni assolutamente contraddittorie, alle quali l' individuo relativamente soggiace con una vicenda singolarissima ma perpetua. L' uomo nella sua vita è guidato o dallo impulso d' *imitazione* o dallo impulso d' *antagonismo*. Ordinariamente subisce lo impulso della imitazione; e simile alle pecorelle di Dante corre a fare ciò che vede fare dagli altri, ed a laudare ciò che laudano gli altri, senza dimandarne a sè stesso il perchè, e soltanto mosso dal vedere che gli altri fanno così. Ma ad un tratto egli si ribella contro l' abitudine imitatrice, e si determina a fare l' opposto di ciò che altri fa; e si move a ciò dal solo vedere che altri fanno diversamente, e per mero spirito di antagonismo: ed a così fare annette un sentimento di propria dignità che lo rende in questa via più riottoso e tenace.

Da che nasce ciò? Nasce talvolta da un sentimento di antipatie personali verso coloro che vede fare altrimenti, e comunica ai fatti della persona quella repugnanza che sente in cuore contro la persona.

Più spesso ciò deriva da questo che la imitazione assume il carattere di obbedienza ad un comando: ed allora sorge per impeto di vanità il desiderio di resistere. Di qui nasce quel così frequente spirito di contradizione che regna nelle private famiglie tra il fratello minore ed il fratello maggiore,

Digitized by Google

tra i figli ed i genitori, tra la moglie e il marito dopo cessata la luna di miele. Vi sarà amore fra loro e tenerezza ed affetto; ma pure si genera inconsapevolmente nel cuore del sottoposto una velleità di resistere, che a poco a poco diviene abitudine di contradizione.

Ciò avviene finalmente per identico impulso tra cittadini e Governo. La fede religiosa del popolo si ravviva sotto Governi persecutori: s' intiepidisce sotto i Governi tolleranti, si riduce alle minime proporzioni sotto i Governi bigotti. La storia umanitaria è là per attestare questo vero. Quanto più i Governi furono tiranni e dispotici, tanto più crebbe energico il liberalismo. Quando il Governo divenne liberale, il liberalismo seguì l' antico vizio dell' uomo di addormentarsi sopra gli allori. Ma per contro l' ambizione, che tanto può nel cuore degli uomini desiderosi di acquistarsi un nome od una posizione sociale, spinse per necessità delle situazioni a mettersi sotto la bandiera del passato quei medesimi che se fossero vissuti nel passato sarebbero stati i più caldi martiri della libertà. Non dovrebbe esser vero quello che io dico: ma pur troppo lo è. Le convinzioni nascono *spesso dai desiderii*. Sentenza sfiduciante; ma fatale.

In quanto poi alle condizioni attuali d' Italia bastano queste sole perchè cessi ogni stupore della crociata che oggi inattesamente si è mossa da tanti lati e con tanta vivacità avverso la istituzione dei Giurati. E cosa avvi infatti di nuovo in questi segni di guerra? Non si sapeva forse che anche in Italia vi sono due partiti, ciascuno dei quali tenacemente aderisce alla propria bandiera; il partito

Digitized by Google

retrivo che si ammanta col nome di conservatore, e il partito liberale più o meno progressista? Questi due partiti vi sono stati, vi sono, e vi saranno lunga pezza; e quando più faranno sembianza di dormire più raccoglieranno le loro armi per combattere. Non si sapeva forse anche prima d'oggi che il quadrilatero delle libertà costituzionali si erige sulla Guardia Nazionale, sui Giurati, sulla libera Stampa e sul Parlamento? E non era egli già saputo e previsto che ad ogni momento nel quale alcuno di questi quattro cardini fondamentali avesse porto occasione di qualche lamento per parte del pubblico sarebbero stati pronti a sbucare numerosi armigeri più o meno potenti, ma numerosi sempre, i quali (sieno pure Mirmidoni) con un fuoco di fila sarebbero venuti attaccando a mano a mano quelle di tali istituzioni che avesse accennato al proprio pericolo, per rovesciarla e seppellirla (secondo le speranze e desiderii loro) nell'oblìo e nel disprezzo? Niente io trovo da stupire in questo movimento. Oggi è l'ora della Giurìa: il grosso della battaglia dirigesi a demolirla. Dimani sarà l'ora della stampa. Poi si verrà al Parlamento. Finchè in ultimo, demoliti i baluardi dell'edifizio moderno, suoni l'ora dei più forti campioni, e sbuchino dall'ombra alla lor volta anche questi per soverchiare i combattenti da loro sospinti innanzi, e forse con sorpresa dei medesimi esordire l'opera della restaurazione, finchè non tornisi ai feudi, ai fidecommessi, alla tortura ed al santo uffizio, e ad altre restaurazioni di antiche ruggini, che pure sono sempre per molti un oggetto di idolatria e di speranza! E quando venga quel triste giorno non mancherà ai demolitori il

Digitized by Google

solito frizzo che le novità liberali hanno la ignoranza per loro bandiera. Come si è detto altre volte, sognando, chè i militi cittadini non avevano abilità per le impreso guerresche; come si dice oggi che un cittadino galantuomo non ha abilità per decidere se deve prestare fede a un testimone galantuomo o negarla ad un testimone birbante; così dirassi che i privati non hanno abilità per giudicare nei giornali le opere e le speculazioni della scriniocrazia; e si dirà finalmente che la legislatura, composta di centinaia di uomini digiuni delle scienze legali, non può produrre che leggi cattive. Il quadrilatero liberale ha per base lo stesso cardine: si aggredirà con gli stessi argomenti. Lasciate che Annibale varchi il Trasimeno, e ve lo troverete a Canne.

No: non è da saggi fermarsi a fare le meraviglie se i nostri nemici combattono; dobbiamo invece comprendere che a noi pure incombe il debito di combattere. Non dobbiamo fermarci a lamenti di sorpresa se i nostri nemici, nascondendo i reconditi loro disegni, spingono a rompere le prime armi giovani illusi che ardono di patrio amore, e che sono indotti a credere che la salute della patria consista nel demolire quanto fecero i padri loro. Dobbiamo invece erudire gli illusi; e col togliere dal nostro quadrilatero quelle *forme* e *modi* che possono fornire giusta ragione di lamento, consolidarlo in guisa che passi alle future generazioni con quel rispetto che infelicemente si riuscì un tempo a procacciare ai più esosi vincoli della umana libertà.

Questo si è bene compreso da coloro che hanno scorto come la battaglia mossa alla istituzione dei Giurati fosse una avanguardia della guerra prepa-

Digitized by Google

rata contro la libertà, e così volgono i propri pensieri a purgare la Giurìa dalla maggior parte di quelle eredità francesi che si erano da noi infelicemente accettate senza benefizio di inventario. Quando si vuole consolidare una istituzione bisogna toglierne i difetti che danno ai suoi nemici pretesto a combatterla. Con ciò la guerra politica troverà pretesti minori per mascherarsi sotto una bandiera giuridica.

E questo si comprese con mirabile accorgimento dai nostri rappresentanti alla Camera, la quale solennizzò il fausto giorno del 23 marzo (anniversario della gloriosa incoronazione del Re liberale) recandosi senza dimora dopo le felicitazioni al Sovrano a quella seduta memorabile dove con una maggioranza significantissima votò la conferma della bersagliata istituzione dei Giurati.

Io non dico già (non si calunni il mio pensiero) che tutti coloro i quali presero a combattere la istituzione dei Giurati abbiano per loro fine recondito il sogno del ritorno ad un passato impossibile. Questo io non penso, nè dico. Giudico bensì che gli animatori di questa schiera abbiano nel loro mefistofelico segreto questa ultima parola jeratica, demolire il moderno liberalismo. Questo io giudico: e penso poi che gli argomenti con i quali si è venuta oggi a combattere la Giurìa (benchè da molti maneggiati inconsultamente e senza calcolarne le ultime deduzioni) sono, dove si accettino, conducenti alla demolizione di ogni libertà.

Questo io lo asserisco senza tema di seria confutazione, perchè la logica non transige. E la mia asserzione dimostro con la paziente analisi di tali argomenti.

Digitized by Google

L' ultimo degli scritti del quale ho dato cenno attaccò in radice il cardine fondamentale di tutte le innovazioni liberali moderne. Francamente e coraggiosamente lo anonimo scrittore aggredisce questo cardine, designandolo con la formula *teorica dei contrapesi*. E questa teorica sociale esso denuncia come una illusione, che asserisce essere un parto del presente secolo, e della quale (secondo lui) si vanno mercè la esperienza purgando i popoli; e se ne purgheranno presto del tutto: e la deride, e già crede ascoltare il suono della campana funebre che accompagnerà quella dottrina e le sue deduzioni nella sepoltura a lei preparata dalla riprova dei fatti, e nella quale cadrà per non risorgere più mai.

Il concetto generale di quella diatriba non lascia dubbiezza in ordine al fine al quale conduce. Ma sono essi solidi gli argomenti che spende, sono essi di probabile riuscita i suoi vaticinii? Il primo assolutamente non è: il secondo spero che non sarà.

Dottissimo (annunziò la *Nazione*) è il pubblicista che vergò quelle pagine. Non occorreva che a noi lo dicesse. Il tempo più inutilmente speso è quello che si impiega a lodare i libri. I libri ed in generale tutti gli scritti si devono lodare con le proprie virtù. Ma poichè la dottrina non è sempre accompagnata da una esatta dialettica, e meno ancora dalla facoltà di profetare, così mentre a noi sembra facile il mostrare il lato debole degli argomenti del dotto pubblicista, ci conforta l' animo la speranza che la generazione che sorge farà delusi quei vaticinii: i quali non tanto ci atterriscono per loro stessi quanto perchè, se si avverassero, segnerebbero l' aurora di una terribile reazione.

Digitized by Google

La somma delle accuse contro i così detti ritrovati del liberalismo moderno, così antipatici al nostro anonimo scrittore, prende per sua pietra angolare la osservazione che tutte le novità liberali altro non sono che uno svolgimento della *teorica dei contrapesi.*

Ebbene, io volentieri glie lo concordo.

Sì: l' osservare che i tiranni di tutti i tempi, da Pisistrato in poi, avevano abusato delle milizie assoldate per opprimere i popoli, suggerì il pensiero della milizia cittadina, la quale potesse in caso di aggressione delle libertà *individuali,* opporre una forza armigera agli sgherri del tiranno.

Sì: l' osservare nelle storie di tutti i popoli che certi Tiberii avevano usufruito i giudici stipendiati per disfarsi dei loro nemici sotto pretesto di delitti sognati; e più l' osservare che nei giudici per mestiero si incarnava talvolta l' abitudine delle condanne (e ne fu prova Carpzovio, che vantossi con compiacenza di aver condannato a morte ventimila individui) suggerì il pensiero che nell' amministrazione della giustizia penale giovasse alla tutela della innocenza equilibrare con giudici cittadini i giudici governativi.

Sì: l' osservare che gli impiegati amministrativi non sono sempre bastantemente vigilati dai loro superiori, perchè gli uni e gli altri si costituiscono in setta, e si ricambiano i favori, e si predispongono gli ordinamenti amministrativi ai turpi lucri personali anzichè alla pubblica prosperità, suggerì il desiderio della libera stampa la quale potesse sindacare costoro; e ciò potesse fare impunemente purchè avesse l' appoggio del vero.

Digitized by Google

Sì: l'osservare che i governi avevano troppo spesso dettato leggi intollerabilmente oppressive dei popoli, suggerì il pensiero (e fu pensiero che risali ai più antichi tempi) di un Parlamento rappresentante la Nazione, il quale fosse moderatore della opera legislativa.

Tutte queste idee si sintetizzino pure (se così piace) con la formula della *teorica dei contrapesi:* ma che perciò? Basterà ella questa formula, lanciata innanzi come un derisorio motteggio, a screditare i concetti liberali? Basterà, a soffocarli nel ridicolo, che si pronunzi non essere tali concetti nulla più che la teorica dei *contrapesi;* basterà ella questa formula, che annunciasi come una peregrina scoperta, per concludere che quelle sono tutte *illusioni,* e dare ad intendere che sono creazioni dei tempi moderni (dimenticando perfino il Tribunato (1)

(1) Non so comprendere come un dottissimo Giureconsulto per fare guerra a certe *forme* abbia preso a combattere in radice la dottrina dei *contrapesi* nelle istituzioni politiche, deridendola come invenzione moderna, mentre la storia ci insegna che essa è stata la perpetua compagna dei più antichi ordinamenti sociali, e la perpetua aspirazione dei popoli. Per affermare ciò bisogna (non dirò ignorare) ma certo dimenticare la storia e soffocarne gli insegnamenti a servigio di partigiana passione. Su quale principio, tranne su questo, ordinò Romolo le Magistrature della prisca Roma? Egli volle che alle Magistrature del suo Regno si chiamassero soltanto i patrizi, perchè in loro soli egli presumeva senno bastante per amministrare giustizia e bastante virtù per sottoporre ai precetti di questa i personali interessi. Ma volle che le cariche fossero *annuali;* volle che ogni anno si facessero nuove elezioni ai pubblici uffizi: e quelle elezioni consegnò

Digitized by Google

di Roma) non le *forme* (notisi bene) ma gl' istessi principii? Basterà, per vantare che i popoli si vanno a poco a poco ricredendo da tali illusioni; e per asserire che esse vanno cadendo in altrettanto disprezzo quanto altra volta furono spinte alla cima dei desiderii; e vaticinare loro un oblio ed una sepoltura senza resurrezione?

La *dottrina dei contrapesi,* ben lungi dallo esser tale che il solo annunziarla basti per mostrare la risibilità delle sue applicazioni, altro invece non è che il principio cardinale del creato; il principio ordinatore e conservatore così del mondo *fisico* come del mondo *morale.* È un appello prudente alla dinamica delle forze. È la espressione delle due forze primitive ed universali; forza di *attrazione,* e forza di *repulsione.* È lo assoluto della antinomia.

Con questa dinamica si costituì, per opera meravigliosa dell' onnipotente, l' armonia delle sfere ce-

alla plebe. E quale era egli il concetto di simile istituzione tranne il concetto di un *contrapeso?* Il giudizio sui *fatti* si consegnava ai patrizi; ma il giudizio sulle *persone* dei giudicanti si consegnava alla plebe. Equilibrio pieno di senso pratico, perchè mentre teneva la plebe soggetta ai patrizi, teneva i patrizi soggetti alla plebe, e ne frenava gli abusi col timore di una cacciata perpetua dagli uffici alla occasione delle annuali elezioni. Chi oggi suggerisse di consegnare al popolo la elezione dei Pretori incontrerebbe dai severi conservatori la censura di utopista, di repubblicano, e anche peggio. Eppure questo fu fatto spontaneamente da un Re che chiamossi Romolo, e che per certo non ebbe fama di Comunardo. Ma allora i Reali di Francia non avevano ancora insegnato la orgogliosa e funesta dottrina che la giustizia emana dal Re.

Digitized by Google

lesti; la quale per lei sola si mantiene, e si manterrà. Per lei si compiè e progredisce la elaborazione del globo terrestre. Dalle più grandi alle più minute funzioni, così nelle opere della natura come nei fatti dell' uomo, è sempre la dinamica delle forze quella che provvede a tutte le necessità. La medicina stessa e la igiene e la terapeutica non sono desse lo svolgimento spontaneo di questa dinamica che si crede aver posto in derisione con la speciosa formula dei *contrapesi?* Infondere forze attonanti in un organismo che minaccia depressione pericolosa; infondervi forze moderatrici che facciano equilibrio alla troppa vigoria: ecco tutta la economia dell' arte salutare. Sempre la contraposizione di una forza benefica ad una forza pericolosa. In tutti gli atti relativi alla vita fisica procedendo dai più interessanti, e scendendo fino al villico che fornisce il suo arboscello di un palo onde non sia divelto dagli impeti eventuali di Borea, tutto ciò che è regolato sapientemente è regolato con la dinamica delle forze.

E nel mondo morale non è egli lo stesso? Il prudente genitore non mette egli al fianco del figlio timido istitutori od amici che gli siano esempio di coraggio; ed esempi di moderazione al figlio precipitoso, di economia al figlio prodigo, e via così discorrendo? E questo giure penale, che voi tanto tenete a cuore come àncora della repubblica, cosa è desso tranne uno svolgimento della teorica dei *contrapesi?* Coloro che ciò non vedono sono ciechi dello intelletto: coloro che lo vedono e pur lo negano sono uomini sleali e di mala fede. Chi avrebbe pensato che quando tanti legislatori e tanti pubblicisti

Digitized by Google

consigliarono che a frenare le ree passioni impellenti l'uomo al delitto si contraponesse la passione del timore, onde questa servisse di freno a quelle; e la previsione del male minacciato dalla legge neutralizzasse la previsione del bene agognato mediante il delitto; chi avrebbe mai sognato che un giorno venendo a conoscere che la teorica dei *contrapesi,* è una futilità, una illusione, un motto declamatorio privo di senso, anche quella dinamica di passioni, nella quale riposa il congegno del giure penale, potesse essere esposta al ridicolo!

Nulla dunque si è detto contro le moderne istituzioni quando si è creduto bastasse a porle in ridicolo la rivelazione che esse erano figlie legittime della teorica dei *contrapesi.* Nulla si è detto che abbia solido valore; perchè proclamare come *falsa* quella teorica dei contrapesi, che è la base dell'*ordine,* così nel mondo fisico come nel mondo morale, non è sentenza la quale possa meritare plauso da chi bene addentro la guarda.

Potrà la dottrina dei *contrapesi,* quantunque assolutamente vera in sè stessa, riuscire fallace nella *forma* di alcune sue speciali applicazioni nelle quali non trovasi prudentemente moderata. Ciò non si nega da noi. Si nega bensì che sia buono argomento quello di chi ruina a negare una regola vera perchè la vede in qualche caso meno esattamente o meno utilmente applicata.

Potrà essere questione di modi e di tempi; questione di forme e di misure, ma il principio cardinale del liberalismo moderno che vuole un *contrapeso* (chiamisi pure così) per tutelare i popoli contro le ingiuste invasioni dei suoi diritti per parte

Digitized by Google

di agenti della autorità eventualmente oppressori, è un principio verissimo ed incriticabile. Ed anche nel procedimento penale tutte le potestà che si concedono alla difesa (i diritti della quale tutti acclamano come sacri) altro non è che un *contrapeso* necessario a moderare le potestà della accusa.

Alle declamazioni sofistiche succedono le osservazioni di fatto, ed i vaticinii. I popoli (dicesi) si sono già disillusi di molte di queste utopie; e delle rimanenti si verranno in breve disingannando; sì che tutte cadranno sepolte nel disprezzo e nell' oblio. Sentenza che significa, in fin dei conti, doversi presto tornare allo assoluto monarchico governo, che il celebre Cane del Casti proclamava esser buono per l' estate e per l' inverno. Ma quali sono le osservazioni di fatto, quali i sintomi di questa recrudescenza popolare vagheggiata dai retrivi nei sogni loro; e che si predice doverci presto ricondurre alla formula di Luigi decimoquarto *lo Stato sono io?*

Osservate la Guardia Nazionale, si dice. Oggetto un tempo di fanatismo, oggi è morta e sepolta, e nessuno più se ne occupa. Sofistico anche questo argomento. Altro è dire che una istituzione dello Stato possa non attuarsi in certe occasioni, perchè non ne è presente il bisogno, altro è dire che non sia buona, e che debba cancellarsi dagli ordinamenti politici di uno Stato. Un uomo si provvede di pillole purgative per lo evento di una indigestione. La sua temperanza lo ha preservato per parecchi mesi. Mostrerà egli senno se getta via il farmaco?

Il popolo Italiano ha un senso pratico squisitissimo che lo distingue. Ci dicono che siamo fratelli coi nostri vicini di razza latina; e sarà storicamente

Digitized by Google

vero. Ma se ciò è vero bisogna dire che somigliamo i nostri fratelli come Giacobbe somigliava Esaù. Il popolo Italiano fu entusiasta della Guardia Nazionale quando sentiva il bisogno di resistere ai satelliti italiani o stranieri assoldati dai despoti. Allora non gli increscevano le escubie e le militari fatiche, e le spese di quella istituzione. Oggi le sue condizioni sono mutate: il suo buon senso gli ha detto che la Guardia Nazionale non ha più utilità attuale per lui, e che rimane buona soltanto per la pompa delle processioni: e giudiziosamente oggi più non ne cura. Ma perchè sente ciò? Perchè ha fede in un Principe più liberale di tutti i liberali di Europa: perchè ha fede nelle virtù del nostro esercito, e perchè sente che quel Principe e quello esercito dopo essere stati col proprio sangue, con la propria fermezza, e con le proprie fatiche, gli edificatori delle nostre libertà, non è a temersi davvero che vogliano demolirle. E lungamente conserverà questa fede il popolo Italiano finchè i suoi destini saranno in mano della generosa Casa di Savoja! Ma se un giorno la stella di Italia (lo tolga Iddio) tramontasse; ed altra gente si restaurasse al potere, voi vedreste come per incanto risorgere l'antico desiderio, ed accorrere il popolo alle piazze per chiedere armi e milizia cittadina.

Sia adunque inoperosa la Guardia Nazionale quando il suo bisogno non ci è, come stanno inoperosi i lazzaretti quando non sovrastano pestilenze. Ma come un prudente Governo non corre a demolire i lazzaretti perchè per dieci o venti anni non si affacciarono epidemie, così si conservi la guardia cittadina come istituzione nazionale; e come

Digitized by Google

un riconoscimento dei diritti del popolo in caso di bisogno. Prova di questa verità ne siano quei paesi che furono infestati dal brigantaggio, e dove la milizia cittadina operò con tanta virtù, e tanto bene produsse. Il brigantaggio era in quelle provincie una guerra occulta che i vecchi despoti muovevano alle libertà di Italia; e la milizia cittadina forte nella sua antipatia contro i vecchi despoti coraggiosamente ed energicamente compiva la sua missione.

L' argomento di analogia che dalla storia della Guardia Nazionale italiana si volle trarre per vaticinare come prossimo un identico fato alla istituzione dei Giurati, non è argomento che corra. È il paragone tra il sonno e la morte.

Ma non vedete (si aggiunge) i sintomi di noia che si rivelano anche in onta della Giuria? Tutti cercano di esentarsene: pretesti, impegni, raccomandazioni pur di sottrarsi a quel carico. E non somministra ciò una prova che il popolo non la vuole? Ma anche questo è un argomento sofistico.

La natura fisica soverchia spesso la natura morale dell' uomo. E mentre lo Essere intelligente agogna una cosa come desideratissima, talvolta lo Essere materiale si ribella per repugnanza alle fatiche che sono occorrenti onde sodisfare quel desiderio. Perchè il figlio del vostro colono cerca pretesti onde sottrarsi qualche ora del giorno alle fatiche del campo, direste voi che quel giovine vorrebbe che il padre lasciasse il campo senza cultura, o ne facesse donativo al vicino? Quanti sono i giovani che per desio di vita sbrigliata, o per ignavia, o per vani timori, o per brama di sollazzi, studiano tutti i modi di sottrarsi alla Leva militare? Certo so-

Digitized by Google

no moltissimi; e forse troppi. Or che direste se io vi facessi questa argomentazione? Vedete quanto numero di giovani per tutta Italia cerchi esimersi dal servizio militare. Questo è chiarissimo segno che gl' Italiani si sono disingannati dalla prestigiosa idea di un esercito italiano che faccia contrapeso agli eserciti di Francia, e Lamagna. Questo è chiarissimo segno che il popolo Italiano tornerebbe volentieri a consegnare la guardia delle sue città ai famosi ausiliarii od ai generosi alleati. Che direste voi di questo ragionamento? Eppure essa è precisamente la osservazione di fatto dalla quale si deduce la sognata antipatìa degli Italiani contro i Giurati, e la vicina morte di questa istituzione fra noi.

Che se vi è asseverazione denudata di ogni fondamento di verità e contradetta dalla storia, tale è quella che l' applicazione della *teorica dei contrapesi* alla giustizia penale sia un ritrovato del liberalismo moderno. Falso, falsissimo è questo asserto; e bisogna cancellare la storia di tutti i popoli per darvi fede. Io non voglio risalire ai giudici d' Israele, nè agli Eliasti di Grecia. Ma chi ignora le sedizioni del popolo Romano per sostituire la *sortitio* alla *editio,* e per ottenere un contrapeso alle esorbitanti potestà dei patrizii nella amministrazione della giustizia? Chi ignora le lunghissime e sanguinose lotte del medio evo per le questioni giurisdizionali? Chi ignora lo alternarsi dei Balì, delle Assise, dei Parlamenti, degli Scabini, dei Notabili? Variò naturalmente l' obiettivo dello antagonismo desiderato dai popoli nelle opere di giustizia; variò secondochè oscillava il pericolo che i diritti degli

Digitized by Google

individui si soverchiassero da una potestà oppure da un' altra. Ma il desiderio dell' antagonismo, ossia il sistema dei *contrapesi*, fu anche nello esercizio della giustizia una aspirazione perpetua istintiva e razionalissima di tutti i popoli in tutti i tempi. Ne variò l' obiettivo a seconda del variare dei bisogni; ma la idea fu sempre quella. Ora si cercò nella giustizia ecclesiastica il contrapeso alla giustizia dei Sovrani; ora nella giustizia del Re e dei suoi *aiuti* si cercò il contrapeso alla prepotente giustizia dei Baroni. Ora nella giustizia dei comuni e dei loro *prudenti* si cercò il contrapeso alla giustizia e dei Baroni e dei Re. Ciò è questione di forma, di modi, e di tempi. Ma la idea cardinale di un equilibrio nelle potestà giudiciarie è passata di cuore in cuore per trenta e più secoli, di generazione in generazione come un desiderio vivissimo istintivamente sentito, e come una necessaria e razionale protezione del diritto. È falsissimo che il principio del contrapeso nella amministrazione della giustizia sia un ritrovato moderno. Esso è antico quanto la civiltà. Ne può essere variata la forma sua; e la forma si discuta liberamente secondo i criterii della migliore utilità, e convenienza relativa ai costumi delle genti. Ma non si rinneghi il principio con iperboli meramente fantastiche.

Non è per questa via che seriamente si possa giungere a demolire una istituzione cotanto antica, e che più o meno ha sempre funzionato nei liberi reggimenti. Per demolirla bisogna giungere a dimostrare che con lei è impossibile ottenere giustizia e tutela degli onesti contro i colpevoli. Quando

Digitized by Google

avrete dimostrato ciò, gridate pure abbasso i Giurati, ed io sarò il primo ad unirmi con voi.

Ma questa prova non l'avete ancor fatta, ed è arbitrario, figlio di una cieca passione, il sarcasmo col quale si è vaticinato che il tentativo di riforme ultimamente con trepidante mano sperimentato nelle Aule legislative non servirà che a trascinare in lungo anche per poco i Giurati ed a completare l'universale disinganno.

Io certamente mai appartenni alla classe di quelli esaltati che si nascondono i difetti giuridici consequenziali al magistrato cittadino. Troppo di vita per altro consumai nelle palestre forensi per dimenticare i pericoli del giudice salariato, senza alcun freno tranne gli ordini del Governo. E poichè gli errori giudiciarii sono comuni a tutti i sistemi (e lo dimostra la storia) ed anzi inevitabili in ogni umano ordinamento, io mi feci sempre scrupolo di elevare spine nel viaggio che doveva correre la Giurìa in Italia, per non dare armi alla guerra politica. Io sperai e spero che la istituzione possa prosperare e incarnarsi in Italia, e vivere secoli passando ai posteri quale costume nazionale, come fu degli Scabini in Germania; dando al tempo stesso buon servigio alla giustizia penale, ed educando il popolo al governo di sè medesimo che è la ultima formula della libertà.

Ma quando ai presagii maligni dovessero fatalmente rispondere gli eventi: e le riforme tentate, e le successive che si desiderano, non bastassero a darci col mezzo dei Giurati una giustizia che tranquillizzasse al tempo stesso la società e la innocenza, non sognino i nostri critici che il popolo Ita-

Digitized by Google

liano si dichiarasse disingannato dalla teorica dei *contrapesi.*

I liberali capitaneranno il popolo Italiano per altre vie, ma sempre sotto questa bandiera, per condurlo a togliere l'amministrazione della giustizia penale dalla autocrazia governativa.

Questo è vaticinio che non mentisce. E solo mi resta a dire *quando sia,* e *come sia,* che debba l'Italia cercare per la tutela dei diritti degli individui un contrapeso diverso dalla Giuria, ma sempre convergente allo identico intendimento.

Si: sarebbe il negarlo o cecità o audacia. Per uno Stato che ambisca a reggersi con ordini liberali e duraturi, e che voglia rispondere al fine della tutela giuridica (nella quale sta tutta e sola la ragione di essere della autorità sociale) è di suprema necessità che ai possibili abusi del potere esecutivo sia perpetua e solida remora il potere giudiciario. Coloro che insegnarono il potere giudiciario altro non essere che una emanazione del potere esecutivo, o furono maomettani premeditatamente apostoli di tirannia, o furono inconsultamente illusi dal giuoco di parole che il potere giudiciario eseguisce la legge; mentre invece i giudici sono la legge incarnata e parlante, e il potere esecutivo nelle opere del diritto non fa che passivamente obbedire ai loro pronunciati. Ma perchè il potere giudiciario corrisponda effettivamente a questa sua sacra missione, compimento della vera civiltà, bisogna che sia il più possibile emancipato dal potere esecutivo: e mantenuto in uno od in altro modo sotto la mano del popolo. Ora di questi modi (per quanto io so) tre ne ricorda la storia. Il popolo è intervenuto nel po-

Digitized by Google

tere giudiciario, o con azione *personale* e *diretta*, giudicando esso stesso i colpevoli, ed ecco il primo concetto della Giurìa; o con azione *creativa*, eleggendo i propri magistrati nei suoi Comizi; o con azione *sindacatrice*, col mezzo della dotta censura dei liberi giureconsulti sinceramente informati delle opere speciali dei magistrati.

Eccita ribrezzo, per l'evidente pericolo delle civili libertà, un Governo che dica ai cittadini — voi sarete dichiarati colpevoli e come tali condannati alla galera, alla deportazione, e peggio, dai *miei giudici:* e questi giudici 1.° Saranno *eletti* da me, sicchè io potrò, quando ne abbia talento, sceglierli fra coloro che più abbiano fatto professione di fieri principii e di deferenza ai desiderii delle signorie e rimuoverne a talento quelli che ne osteggino le brame — 2.° Riceveranno da me *stipendio* occorrente ai loro alimenti ed alle loro famiglie; sicchè io potrò, quando mi piaccia, misurare i loro avanzamenti di luogo e di classe e le loro onorificenze a seconda della larghezza di coscienza che mostreranno nel condannare, e della ferocia che mostreranno nel punire — 3.° Saranno costoro abilitati a dichiararvi colpevoli col solo affermarne la *convinzione*, senza che la legge segni loro preventivamente la fede giuridica delle prove, e senza obbligo di esporne i motivi, e di indicare le prove che li condussero a quella affermazione; sicchè ad un condannato, quantunque innocente, riuscirà se non impossibile ardua e quasi miracolosa la propria riabilitazione.

Questo insieme di cose eccitò repugnanza anche nei Principi meno liberali e più ancora (facilmente si intende) nei liberali. Eppure è una verità che

Digitized by Google

precisamente a questo sistema di cose vorrebbero condurre la giustizia penale coloro che oggi vanno gridando fra noi la proscrizione della Giurìa mantenendo l' attuale ordinamento giudiciario e gli attuali sistemi probatorii. Ma quello insieme è appunto così repugnante che non ebbe mai sotto nessun reggimento civile e tollerabile una vita pratica completa in ogni sua parte. Laonde al fine di proteggere i diritti degli individui si oscillò da uno ad altro dei tre suddetti modi, secondo le diverse forme degli ordinamenti politici. E ne fa testimonianza la storia.

1.° Generalmente i Governi costituzionali andarono per la più diritta via all' intervento *personale* e *diretto* del popolo nello esercizio della giudicatura criminale, e si allargò il metodo della Giurìa che è logica derivazione di quel sistema; non sapendosi comprendere e conciliare la incapacità ad *applicare* la legge in quegli uomini che si ritengono abili a *fare* la legge. E dove il metodo della Giurìa fosse messo al bando bisognerebbe bene ricorrere ad uno degli altri due modi.

2.° Ma non credasi che il contrapeso al potere esecutivo desunto dalla elezione popolare e temporaria dei magistrati putisca di tendenze repubblicane, o sia in urto col principio monarchico, e che sia una di quelle idee che con tanta velocità da coloro che l' osteggiano si gridano anarchiche o (secondo la formula empirica oggidì prediletta) *idee sovversive*. Io traggo gli esempi miei dalla storia di Re e dai fasti di Sovrani, i quali lasciarono fama di loro tutt' altro che liberale. Basti ricordare quella bella istituzione di Romolo che (come già sopra ho notato) per avere *sapiente giustizia* la consegnava

Digitized by Google

come privilegio al ceto patrizio; e per avere *giustizia buona* consegnava alla plebe la elezione annuale dei magistrati.

3.° Accetterò pure dai fatti di Sovrani dispotici gli esempi del terzo modo di protezione dei diritti individuali; quello cioè del sindacato dei liberi giuristi.

Primo innanzi tutti, come sistema più lungamente e più largamente osservato, valga l' esempio di tanti Principati che costrinsero la fantasia dei giudicanti nel cerchio delle *prove legali*, col quale la legge interponeva il suo petto adamantino fra l' abitudine severa di un giudicante e lo innocente che correva risico di restare vittima di un volo di fantasia.

Valga poi ricordare come Carlo V (il Saturno delle repubbliche) dettasse quel bellissimo precetto (1) osservato per tre secoli nella massima parte dell' Alemagna, che imponeva ai giudici criminali nei

(1) Questa salutare istituzione si è voluta screditare dagli scrittori Francesi attribuendole una *veduta fiscale:* e questa si è annunziata come una grande scoperta, pretendendo di argomentarla dal consiglio che dà l' Imperatore di preferire nella scelta delle facoltà giuridiche alle quali deve farsi l' invio del processo, quella per la quale lo invio sarà meno costoso: lo che vuol dire la più vicina. Ma questo è un argomento meschino per una così audace divinazione, che si ispira unicamente alle antipatie Nazionali. Quando un padre di famiglia deliberato in qualche occasione solenne di dare un pranzo agli amici ordina al suo maestro di casa di provvedersi piuttosto ad una che ad altra taberna per migliore economia, si dirà dunque che quel signore ha dato il pranzo e *convitato gli amici per avarizia!!!* Questo modo di argomentare dei Francesi che vogliono censurare la grande opera di Carlo V è veramente ridicolo.

Digitized by Google

gravi delitti di sottoporre il processo a una facoltà giuridica la quale ne conoscesse in fatto ed in diritto, e proponesse la pena da infliggersi; al quale opinamento dovevano poi i giudici uniformarsi. E valga l' esempio di altri monarchi anche della stirpe Borbonica i quali non credettero indebolire il principio di autorità col prescrivere ai magistrati che giudicando col sistema della intima convinzione dovessero però rendere nelle loro sentenze minuzioso conto delle singole prove per le quali si erano asseriti convinti sia del fatto principale sia delle particolari circostanze aggravanti o scusanti da loro affermate. Così la libera Curia e la stampa, sindacando od applaudendo con cognizione di causa all' opera dei magistrati, ne aumentarono la forza e la indipendenza dal potere esecutivo: e i giudici furono mantenuti sotto la vigilanza della scienza rappresentata dai suoi liberi sacerdoti. Ma siffatta vigilanza è assolutamente impossibile se al Giudice si dà balia di dichiarare ad un cittadino che esso è un parricida, e come tale dannarlo nel capo, col solo affermare *insindacabilmente* che *esso è convinto in coscienza della sua reità* senza che alcuno sappia su quali prove si asseveri (a foggia di oracolo) la esistenza del delitto e la reità dell' accusato. L' abitudine fa velo ai più enormi assurdi; ma chi prescindendo dall' abito contempla a nudo quanto ha di terribile la formula — *ti dichiaro assassino perchè ti credo tale, nè tu devi cercarmi perchè tale io ti creda,* è impossibile, se ha cuore che sente, che non rabbrividisca in faccia a così disumano potere. E se tale potere è più o meno direttamente subordinato alla autorità governativa, chi sarà che non vegga

Digitized by Google

nella giustizia penale pericoli forse maggiori che non sieno quelli eccitati dalle passioni dei colpevoli; e che non ricordi la dolorosa sentenza di Paolo Risi, *alii cives latronum telis, alii judicum sententia pereunt?* Il giudice che mi spoglia di un meschino campo è obbligato a pena di nullità di rendere ragione del suo giudizio, e non obbligato ad altrettanto il giudice che mi spoglia della libertà e della vita; è tale contradizione che al senno dei posteri farà meraviglia. Questa si che è una novità dei tempi moderni, venuta a noi dalla Francia, la quale non potrà a lungo durare.

Ma di questi provvedimenti succursali non è qui luogo di ragionare diffusamente. Mi basti qui averne dato un cenno fugace per mostrare agli oppositori della Giuria quanto sia vana la loro speranza quando pensano che dove la Giuria si abolisse per motivi giuridici e per la inutilità di mal tentate riforme, volesse il popolo italiano lasciare la giustizia penale alla balia del potere esecutivo senza ricorrere ad un altro di quelli che lo anonimo chiamò contrapesi, e che sono essenzialmente necessarii in una bene ordinata città. E qui chiudo il mio discorso, riportando ad occasione di questa ultima osservazione il mio pensiero a te mio benemerito Carmignani, al quale fui sempre devoto e fedele discepolo! Quando io da giovinetto mi lanciava animoso sulle tue orme io non aveva già la stolta lusinga di emulare la tua dottrina: cosa impossibile. Ma bensì mi faceva una religione di serbare ardente ai posteri il fuoco della tua fede; e questo io giurava, con fermo proposito di consacrare al mantenimento del giuro tutte le forze della mia vita: laonde mi

Digitized by Google

contristai dal fondo dell'anima quante volte dovetti vedere certi tuoi apparenti lodatori fare di te un nemico delle idee liberali; di te che tutti gli amici tuoi sempre acclamarono qual caldissimo apostolo di ogni libertà. Male si fa giudizio di un filosofo recando innanzi spicciolatamente una od altra sentenza del medesimo; la quale si connette con un sistema generale di idee dal medesimo professate; e non è che il lacerto di un corpo simmetrico.

È verissimo: il Carmignani fu nemico della Giurìa, ed io stesso ho cominciato dal dirlo. Fu nemico della Giurìa, non perchè a lui fosse inviso lo intervento dei cittadini nelle cose pubbliche; ma perchè (giovi anche una volta ripeterlo e dimostrarlo) fu nemico acerrimo della *forma* con la quale per necessità debbono i giurati emettere il voto condennatorio. Fu nemico acerrimo del sistema della *intima convinzione manifestata* per *sì* e per *no* senza alcun limite preventivo di legge, e *senza* il corredo di una completa *motivazione di fatto;* forma di giudicare che egli soleva chiamare il *metodo dei Cadì.* Sempre logico e sempre coerente, il grande maestro aborriva ugualmente il *Cadì magistrato* quanto il *Cadì cittadino.* E di ciò dette splendida prova (come ho già ricordato) quando nel 1838 ad occasione della riforma Leopoldina che convertiva in nuda *dichiarazione* la *motivazione* ragionata del fatto, imposto ai giudici togati dalle savie leggi anteriori, solennemente manifestò dalla cattedra che egli abbandonava per sempre il patronato dei rei, non reggendogli la coscienza ad un patrocinio, le guarentigie del quale erano ridotte secondo lui ad una mera apparenza, così per questo mutamento co-

Digitized by Google

me per la introduzione in Toscana del Pubblico Ministero, i poteri del quale (così preconizzava il vecchio Maestro) avrebbero prima o poscia córso, sulle orme di Francia, la via di allargamento, la quale di sua natura finisce con essere micidiale alle civili libertà. Quando vuolsi spendere dai retrivi il nome di Carmignani, s' invochino le sue dottrine nella loro integrità; e non mutilate e contorte.

Ma io non voglio che le più vere opinioni del Carmignani si credano sulla sola fede delle mie reminiscenze. No: parli egli medesimo, e nessuno oserà contradirlo in quanto addimostra quale fosse il suo genuino pensiero. E poichè egli ha parlato, e parecchie volte parlato come Patrono e come Legislatore, si studino i suoi pronunciati, e da quelli si rilevino con certezza i veri motivi della sua avversione al metodo del Giurì. Carmignani non si è limitato ad annunziare vagamente le regole teoriche che ei propugnava in astratto. Ebbe frequenti occasioni di chiarire i propri concetti teorici nelle pratiche loro applicazioni e come *Patrono* e come *Legislatore*. Come Patrono, quale fosse la pratica applicazione alla quale nella sua mente destinava i precetti teorici da lui insegnati, ripetutamente mostrò nelle sue difese criminali, le migliori delle quali raccolte e pubblicate in parecchi volumi mettono in chiara luce molti dei suoi concetti teorici.

Come Legislatore, il senso applicativo delle dottrine teoriche da lui insegnate ugualmente chiarì nei lavori che fece, sia come studi sopra un Progetto di codice penale Toscano, sia come progetti del codice penale e procedurale per il Regno di Portogallo. Non è tollerabile che le deduzioni di certe generalità

Digitized by Google

teoriche insegnate da un pubblicista si argomentino dalle divinazioni arbitrarie dei posteri quando quel pubblicista ha egli stesso nei successivi suoi scritti consegnato al pubblico più o meno esplicitamente simili deduzioni. Per conoscere in tutta la loro estensione l'evangelio giuridico del Carmignani non basta percorrere i suoi *elementi* e la sua *teoria della sicurezza:* bisogna studiare gli scritti del Carmignani Avvocato e del Carmignani Legislatore, e trarre luce da questi a penetrare l'arcana mente del Professore. Ora in proposito del suo aborrimento al sistema della *intima convinzione* non giustificata per autorità di legge preambula, e non *motivata* (somma ragione del suo aborrimento ai Giurati) egli fece chiarissime manifestazioni nelle sue criminali difese: e se in queste può dubitarsi che parlasse il Patrono per comodo di parte, uguali dubbi non possono davvero a buona fede elevarsi contro le correlative manifestazioni che egli lasciò nei suoi progetti di legge. Vedasi dunque il Progetto Portoghese (1) e basti per tutto. E quando

(1) Carmignani *Progetto di Codice di procedura criminale per il Regno di Portogallo* (Scritti inediti, edizione Giusti, Lucca 1852, vol. 5, pag. 383) art. 647 — ivi — *I motivi sono le ragioni che il giudice espone in scritto, come quelle che determinarono il suo suffragio o per l'assoluzione, o per la condanna del reo. Niuna sentenza penale è valida, ed eseguibile, se non è motivata nel modo, e nelle forme, che la legge prescrive* — e art. 650 — *Dovendo i giudici a forma dell' art.* 352 *valutare la prova del fatto, colle regole del diritto, è loro ingiunto di osservare nell' esame degli atti, e nella loro motivata risoluzione il seguente metodo. . . . . 6.° Se il fatto de-*

Digitized by Google

siasi compreso che egli osteggiava il Giurì perchè a lui pareva orribile la condanna di un cittadino

littuoso, applicando ai resultati degli atti le regole stabilite dalla legge per la valutazione della prova, è creduto avere non la certezza della legge, ma la massima probabilità a forma dell' art. 353, *i giudici debbono diminuire di un grado la pena di che nel numero precedente — 7.° È rimesso al giudice il diminuire di altri gradi la pena quando apparisca che stiano per la reità dell' accusato minori, e men forti probabilità. La degradazione della pena può discendere fino alla semplice sottoposizione alla vigilanza della polizia — 8.° Se il reo è aggravato da semplici verisimiglianze, i giudici debbono decretare l' ampliazione della causa, ingiungendo che siano tenuti sospesi gli atti finchè non sopraggiungano prove migliori, ordinando frattanto, che l' accusato sia posto in libertà, e che della risoluzione sia fatta parte alla polizia. . . . . 12.° I motivi debbono ragionare tutte le altre disposizioni, che la legge o nella sentenza condannatoria, o nella assolutoria richiede.*

E qui adesso non si venga a gridare contro di me che io vorrei resuscitare l' obsoleto sistema delle prove legali e della commisurazione della pena sul grado di prova. Io qui non mi occupo di questa controversia, nè sulla medesima reco alcuna cosa di proprio. I miei pensieri su tale argomento e come io creda conciliabile il sistema della *intima convinzione* con la *motivazione ragionata* del fatto, le sono cose già note al pubblico per precedenti miei scritti. Ma qui io ho voluto soltanto mettere in chiaro il genuino pensiero di Carmignani intorno al vizio radicale che ei trovava nel metodo dei Giurati. Ei respingeva questi perchè voleva mantenuto il metodo delle prove legali. Abusa dunque della sua autorità chi la invoca contro la Giurìa, e nel tempo stesso rigetta e condanna al disprezzo la fondamentale ragione che determinava il grande Maestro a respingere la Giurìa.

Digitized by Google

pronunciata imperiosamente per *sì* o per *no* senza che lasciasse a suo documento alcuna motivazione di fatto, bisognerà confessare che si fa abuso del nome e della autorità di Carmignani quando quel nome e quella autorità si invocano per sostituire ai Giurati cittadini i Giurati togati; nei quali ugualmente (con più il vizio della abitudine) si incontra il pericolo di tremende condanne che non danno ragione alcuna della asserita colpevolezza del giudicabile.

Ma a qual pro lo spirito genuino della dottrina di Carmignani intorno al processo criminale andare investigando nelle sue difese e nei progetti di legge, quando egli francamente, completamente e coraggiosamente fece aperto ogni desiderio suo sull' argomento nel libro che modestamente intitolò *Saggio sulla fede giuridica e sui vari suoi metodi nelle materie penali?* Spoglio del lusso dei consueti fiori è questo, a giudizio mio, il libro più severo e più rigorosamente dialettico che uscisse mai dalla penna del sapiente Maestro: ma sventuratamente questo libro è poco letto, meno studiato, ed assai meno meditato; mentre sarebbe a desiderarsi che seriamente si leggesse, si studiasse, e si meditasse da chiunque vuole pronunziare un giudizio sui metodi probatorii del processo penale. Ebbene in questo libro non si adombra di velo alcuno l' obiettivo di Carmignani. L'anatema che ei pronunzia contro i Giurati non è che una *conseguenza:* una deduzione logica dello anatema col quale preliminarmente fulmina il moderno sistema della *intima convinzione.* Egli propugna il sistema delle *prove legali:* e mentre concede che dove si mantenesse il

Digitized by Google

metodo della certezza morale dell' uomo, che egli chiama selvaggio, sarebbe logico darne l' attuazione ai giudici popolari, altrettanto quanto è secondo lui mostruoso contradittorio e gravido di perigli il darla ai Giurati togati salariati dal Governo; Carmignani ravvisa nel pronunciato della intima convinzione (la quale denomina *la più capricciosa di tutte le morali qualità*) la estrinsecazione di una *forza bruta*, cioè della volontà che pronunzia ciò che *sente:* e ripete il motto di Rousseau — *quando si ragiona si cessa di sentire.* Ravvisa invece la sola estrinsecazione della *ragione* nelle prove determinate dalla legge che sono freno alle passioni del Magistrato.

Evvi ancora di più. Il Carmignani è recisamente nemico del processo orale e della pubblicità dei giudizi, che egli dice *avere per solo oggetto di spiegare agli occhi del popolo una decorazione costosa, convertendo così il Governo in uno intraprenditore di spettacoli.* Per lui la figura venerabile del Magistrato si rappresenta dall' uomo che freddamente medita sopra gli atti di un processo nella solitudine del suo scrittoio; anzichè dall' uomo che cinto di sgherri e splendente d' oro si asside in alto quasi sopra un trono a dettare al popolo oracoli e comandi.

Esso a fronte aperta combatte il connubio del processo inquisitorio con l' accusatorio: egli proclama il sistema così detto *misto* del procedimento penale (sistema che tanto oggi ci abbaglia) come un *ordigno politico.* Si odano le sue parole al §. 235 — ivi — *il codice di Napoleone I del 1808 è una ingegnosa furberia, da capo a fondo diretta a*

Digitized by Google

rendere elusorie due solenni promesse da lui fatte, e giurate sopra i santi evangeli a favore della Nazione: 1.° quella del Giurì, 2.° quella della inamovibilità e della indipendenza dei Magistrati. 1.° I Giurati non furono altrimenti presi dalla massa intera della Nazione ma da Categorie, come i membri dei Collegi elettorali; cinquecento più imposti, dottori, notari ec. e la formazione delle liste divenne attribuzione dei Prefetti. Premi furono promessi ai Giurati che avessero dato saggio di zelo lodevole, vale a dire che più avessero condannato — 2.° L' azione del Governo non contento dei Magistrati pagati da lui e de' Giurati scelti a suo modo, fu mostruosamente aumentata nella estensione dei poteri conferiti al Procuratore Imperiale. Niuna legislazione più di quella di Napoleone è stata prodiga di potere e di lustro all' accusa. Era questo nelle sue mani un ordigno, col quale destramente influiva su quei Magistrati, che la legge dichiarava inamovibili. Il fulgore della carica del Procuratore Imperiale e del Presidente formava una specie di nube, nella quale i due offizi si intendevano mirabilmente tra loro. Per l' ambizione dei Magistrati inferiori era quella splendida nube la stella polare, alla quale dirigevano la loro navigazione, poco importando, se con giustizia, o senza. E dopo avere più a basso osservato che nelle istituzioni moderne di Francia *niente altro si incontra se non il capriccio di un Sovrano soldato, il quale vuol fare della criminale giustizia un gran consiglio di guerra, sostituendo alla militare uniforme le toghe giuridiche,* tornando al §. 285 sulla *intima convinzione* consegnata ai giudici Magistrati

Digitized by Google

conclude così — *Se si traduce l'assurdo e contraddittorio principio della certezza morale dell' uomo nelle mani del giudice Magistrato al tribunale della storia, ella sola col suo linguaggio inesorabile lo condanna, e gli rammenta: 1.° che gli antichi non lo conobbero: 2.° che i moderni lo rigettarono: 3.° che esso non ha a proprio favore che poche leggi di eccezione fatte per gli assassini delle falde dell' Appennino, e il dispotismo di Buonaparte conquistatore.*

Finalmente Carmignani propugna da capo a fondo il metodo delle pene *straordinarie commisurate sulla quantità della prova.* E dopo avere risolutamente insegnato mai potersi pronunciare condanna a pena ordinaria sul fondamento di soli *indizi quantunque indubitati,* egli si sforza con ogni modo di argomentazione a dimostrare che l' unico metodo il quale possa nel procedimento penale combinare insieme i *bisogni della politica* con i *doveri della giustizia,* è quello che impone al Giudice di serbare la pena ordinaria alla sola certezza legale della colpa, moderandola nei casi di semplice probabilità e di verisimiglianza. I *bisogni della politica,* cioè la difesa dei consociati contro le aggressioni dei colpevoli: i *doveri della giustizia,* cioè la tutela della innocenza contro l' aggressione di accuse erronee e contro precipitate condanne.

Questa è nel suo insieme, la dottrina del Carmignani. Nè io qui la ho ricordata per farmene apostolo o per discuterla. Ma la ho ricordata soltanto perchè i giovani studiosi conoscano qual fu la vera mente di Carmignani intorno al procedimento penale, e non attribuiscano a quel vene-

Digitized by Google

rato maestro certe opinioni che mai non ebbe, e che a lui si impongono da chi con troppa facilità abusa del suo nome per vedute partigianesche. La ho ricordata per invitare gli oppositori del Giurì ad essere franchi e leali, e dirci cosa vogliono sostituire ai giudici popolari.

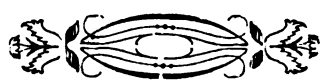
È costume delle giovani ambizioni che vogliono brillare di inattesa luce di farsi iniziatrici della demolizione di qualche istituzione presente. È facile lanciare una proposta di demolizione; e così era facile ancora il dire *abbasso i Giurati*. Ma l'uomo di senno prima di proporre l'abolizione di un sistema deve avere innanzi tutto fatto chiaro a sè stesso quale è l'edificio che vi vuole sostituire. Demolire senza ricostruire è opera stolta.

Io dimando dunque agli oppositori della Giurìa, poichè hanno voluto farsi forti del nome di Carmignani (quasi pigliandolo a duce della impresa loro) se essi accettino o no la dottrina del duce che invocano. L'accettano essi? Lo dicano, e noi ci troveremo più vicini che forse non credono. Ma allora più non si tratta di bandire soltanto i Giurati. Si tratta di bruciare in piazza del popolo il codice del 1865. Ma se invece essi non accettano i postulati sui quali adagiò Carmignani la sua riprovazione del Giurì, permettano che dica loro non essere leale l'usufruire il nome di un pubblicista in una deduzione da lui affermata, mentre si impugnano le premesse che nella mente di lui furono la unica genesi di quella deduzione. E se tale è lo intendimento loro riconoscano che la guerra non è di un sistema più razionale contro un sistema meno razionale. La guerra nel suo fondo di

Digitized by Google

verità è guerra di *individui*. Sono i Giurati laureati e stipendiati che vogliono prendere il posto dei Giurati popolari ed indipendenti. E Carmignani non ne vuole nè degli uni nè degli altri.

Queste parole io volli premettere alla esposizione della procedura penale, perchè il cardine preambulo che vuole essere deciso innanzi alle singole speciali questioni è quello della formazione del Tribunale al quale sarà affidato il maneggio pratico del codice di procedura.



Digitized by Google

SEZIONE TERZA

DEL GIUDIZIO CRIMINALE

CAPITOLO I.

Nozioni generali del giudizio *penale.*

§. 779.

In senso *ideologico* la parola *giudizio* esprime la operazione intellettuale con cui l'uomo congiunge due idee, per rilevarne una proposizione (1).

(1) Nitidamente e con erudite spiegazioni si esposero i diversi significati della parola *giudizio* da Vignoli *de judiciis causarum criminalium, Genuae* 1684, *cap.* 3.

§. 780.

Spesa in senso *giuridico-penale* cotesta parola può usarsi ad esprimere la operazione intellettuale suddetta, con cui ricongiunte le idee di *delitto* e di *penalità,* con applicazione ad un dato fatto, e ad un determinato individuo, si perviene ad affermare o a negare come proposizione risultata da un calcolo razionale, la reità dell'individuo e la doverosità del castigo. In sostanza questi due significati della parola *giudizio* sono intrinsecamente identici,

Digitized by Google

perchè entrambo obiettivi, esprimenti il prodotto di una definitiva operazione dello intelletto. Se non che nel primo senso (§. 779) che io dissi puramente ideologico, quella parola comprende tutte quante le possibili operazioni della mente con le quali si viene a concludere una proposizione, qualunque ne sia l'argomento; laddove nel secondo senso esprime soltanto una *specie* del primo il quale può dirsi genere, e precisamente quella specie di giudizi che si formano sulla colpevolezza di un accusato.

§. 781.

Ma più comunemente siffatta voce si usa ad esprimere il complesso delle condizioni *materiali,* che servono di strumento a quella operazione finale, e che meglio rendono certi della sua conformità al vero.

§. 782.

Il *giudizio* in questo secondo senso, guardato cioè nel complesso della sua materialità, è un subietto il quale ha per obietto il giudizio nel primo senso puramente intellettuale. Infatti il giudizio nel suo aspetto *esteriore* non ha la ragione del suo essere in sè stesso: ma solo l'ha nel suo obietto; perchè le condizioni esteriori del giudizio penale non hanno altra causa razionale di vita, se non nel bisogno di far nascere un giudizio intellettivo conforme al vero.

§. 783.

Nel senso puramente *obiettivo* il giudizio soggiace alle regole della logica; e più specialmente di

Digitized by Google

quella che dicesi *logica giudiciaria*. È una dottrina di ragione, il cui completo svolgimento esce dai limiti dell' insegnamento nostro.

§. 784.

Nel senso *subiettivo* il giudizio penale offre il *terzo fatto*, di cui deve occuparsi la scienza criminale. E deve occuparsene sempre sotto un punto di vista astratto; indipendentemente cioè dalle procedure che vigono appo i diversi popoli (1).

(1) Lo insegnamento *positivo* della procedura penale altro non sarebbe che l' arido commento del codice di procedura vigente nel paese. Ma lo insegnamento filosofico occupandosi delle supreme ragioni di essere del procedimento penale svolge una serie di principii assoluti ed una dottrina che è identica appo tutte le genti; e che serve — 1.° al giurista per meditare sulle migliori forme dei giudizi penali e suggerirne i progressi: — 2.° al legislatore per conoscere quali siano le regole che egli possa o non possa, che egli debba o non debba dettare in materia di procedimento penale: — 3.° al critico per giudicare comparativamente quali siano i pregi e quali i difetti delle istituzioni giudiciarie adottate dalle diverse nazioni — 4.° al pratico per interpetrare ed applicare secondo ragione le istituzioni imposte al suo paese nella materia della cognizione dei delitti, e del rito destinato a raggiungerla.

§. 785.

Essa si occupa di questo terzo fatto per ricercare i principii di assoluta ragione, che devono osservarsi acciò non rimangano inoperosi praticamente i principii rilevati nello studio dei due primi fatti. Questa

Digitized by Google

terza Sezione della nostra teoria guida pertanto a doppio argomento.

§. 786.

In primo luogo richiama alla determinazione delle *persone* materialmente indispensabili al giudizio penale. In secondo luogo richiama alla determinazione del *rito* che quelle persone dovranno osservare. E in questa doppia ricerca essa viene a definire tanto i poteri dell' autorità legislativa, quanto quelli dell' autorità giudiciaria, ed a moderare l' arbitrio dell' una e dell' altra.

§. 787.

La scienza criminale definisce i poteri competenti al legislatore quando segna le regole alle quali esso deve costantemente obbedire nel dettare le condizioni materiali destinate a guidare alla assoluzione o condanna di un cittadino, contro il quale si chieda la irrogazione della pena.

§. 788.

Definisce i poteri del magistrato, quando segna le regole che questi deve osservare nell' eseguire gli atti esteriori del giudizio obbedendo al rito che il legislatore ha prescritto.

§. 789.

In coteste due definizioni di poteri procede sempre la scienza con la scorta di principii di assoluta

Digitized by Google

ragione, e per lo scopo precipuo che il giudizio con l'essere giusto estrinsecamente riesca tale intrinsecamente (1).

(1) La giustizia *intrinseca* consiste nell' essere la proposizione finale (giudizio ideologico) conforme al *vero*. La giustizia *estrinseca* consiste nello essersi osservate le forme che la ragione e la legge prescrivono. Perciò diceva acutamente Ayrault (*l' ordre et formalité judiciaire, Paris* 1598) — *giustizia umana non è che forma*. Perchè l' uomo non può aver presente con certezza apodittica ciò che è assolutamente giusto: onde il pubblico non può per una prodigiosa intuizione, avere la coscienza della giustizia intrinseca di un giudicato. Egli lo presume giusto quando lo vede germogliare da una serie di atti perfettamente ossequenti alla ragione e alla legge. I cittadini hanno diritto di sospettare ingiusta una sentenza quantunque possa essere in faccia all' astratto vero intrinsecamente giusta, se è nata al seguito di rito irrazionale, arbitrario, illegittimo. E per l' effetto politico tanto vale che la sentenza sia ingiusta, quanto che si abbia ragione dal Popolo di sospettarla tale.

§. 790.

Così la teoria del giudizio completa la parte generale della scienza nostra: ed è l' anello fra la ragione pura e la ragione pratica delle dottrine penali.

§. 791.

Il giudizio penale così estrinsecamente guardato si definisce: — *una serie di atti solenni, coi quali certe persone a ciò legittimamente autorizzate, osservato un certo ordine e forma determinata dalla*

Digitized by Google

legge, conoscono dei delitti e dei loro autori, affinchè la pena si storni dagli innocenti, e si infligga ai colpevoli

§. 792.

Inteso in cotesto senso il *giudizio* criminale comprende tanto quella serie di atti coi quali si procede alla *investigazione* del fatto, e che si indicano col nome di *processo:* quanto quella ultima serie mercè la quale si ottiene la formazione e la manifestazione del giudizio intellettuale, e che si indicano col nome di *discussione*, e *sentenza.*

§. 793.

Il giudizio criminale deve percorrere una serie di momenti; i quali nei varii sistemi possono essere più o meno delimitati, e distinti, ma che in tutti esistono con caratteri particolari.

§. 794.

Tali momenti o fasi del giudizio sono quattro. La *preparazione* del giudizio: lo *iniziamento:* la *consumazione* o *esecuzione:* la *correzione.* E queste sue diverse fasi offrono altrettante serie di forme, nelle quali si suddivide la gerarchia dei magistrali poteri, e il complesso degli ordinamenti procedurali (1).

(1) Atti *preparatorii* sono quelli coi quali, dato il primo impulso *(eccitazione)* al giudizio, si raccolgono materiali *(investigazione)* della futura consumazione del medesimo. Questi possono dividersi in atti di mera *cognizione*, e atti di

Digitized by Google

istruzione; e i secondi possono poi suddividersi in istruzione *preliminare,* e *ordinaria.*

Atti *iniziativi* del giudizio sono quelli con cui si cerca *se,* per qual *titolo,* contro *chi, dove,* con *quali materiali,* e *quando,* si farà il giudizio.

Atti costitutivi o *consumativi* del giudizio sono tutti quelli coi quali procedesi alla definitiva formazione, ed all' ultima manifestazione del giudizio intellettuale, che si attende da chi ha l' autorità di decidere le sorti di un giudicabile.

Atti *correttivi* sono quelli coi quali un giudizio già consumato si sottopone a sindacato, al fine di emendarlo se apparisce viziato, o sospetto di errore. Questi atti, secondo i varii sistemi ed i diversi casi, assumono il nome di *appello, revisione, cassazione.*

Il complesso delle forme occorrenti a tutte quelle serie di atti, costituisce la procedura penale; *speculativa* se studiasi a diritto costituendo; o *pratica* se studiasi a diritto costituito. È evidente da ciò che quei legislatori i quali al codice di *procedura penale* hanno dato il titolo di codice di *istruzione criminale,* sono caduti in una figura rettorica, attribuendo al tutto il nome di una parte.

§. 795.

Ciascuna di quelle fasi ha regole e criterii speciali: ma tutte subordinate a dei principii generali assoluti; che vogliono essere prestabiliti dalla scienza, risalendo alla *origine* del giudizio, od al suo *fine,* onde rilevarne le sue *condizioni essenziali.*

Digitized by Google

CAPITOLO II.

Origine storica *del giudizio.*

§. 796.

Appena l'uomo ebbe concepita la idea che chi violava l'altrui diritto doveva incontrare un male in punizione del suo fatto, fu necessità logica che il giudizio, nel suo senso *obiettivo,* immediatamente sorgesse. Cioè che si eseguisse quella operazione intellettuale con cui accertatisi che taluno ha violato un diritto, se ne trae la conseguenza del male da irrogarsi al medesimo.

§. 797.

Ma finchè tale irrogazione si presentò alle menti sotto sembianza di una reazione di vendetta privata, il subiettivo e l'obiettivo del giudizio si confusero naturalmente. La forma estrinseca del giudizio non potè essere che tutta privata, arbitraria, tumultuaria; e per conseguenza niente giuridica. In tale stadio le regole di procedura non avevano altra norma che la logica naturale, quando essa non era soverchiata dallo sdegno. Offesa privata, giudizio privato, vendetta privata. Gli stessi individui riunivano in loro la passione della offesa, il diritto alla punizione, il giudizio, e persino la esecuzione del castigo. Sicchè spesso il giudizio, dettato dall'odio, era una nuova violazione del diritto; e

Digitized by Google

spesso riesciva inetto per mancanza di forza bastevole ad eseguirlo.

§. 798.

La religione, prima civilizzatrice della umanità, si intromise in coteste lotte brutali che perpetuando le guerre private insanguinavano la terra. La prima parola di *giustizia* fu proferita agli uomini a nome di Dio (1). Nè poteva essere altrimenti: poichè genti use soltanto a rispettare la forza, non avrebbero concepito nè rispettato un principio di ragione che attribuisse superiorità ad esseri loro inferiori di forza. Il concetto di giustizia non poteva accettarsi in questa sua prima promulgazione, se non si associava alla idea di una forza divina, arcana, invisibile, ma sovrastante a tutte le creature.

(1) È un fatto positivo che tutti i primi legislatori dei popoli imposero le loro leggi come dettate da un nume. Ritengono gli eruditi che gli oracoli Delfici ed i misteri Eleusini non fossero già istituiti per predire il futuro, ma per rendere giustizia sulle questioni presentate a loro, ed avessero precipuamente uno scopo legislativo e giudiciario. Vedasi la dissertazione dell' Hommel *de Apolline jurisperito*.

§. 799.

Resa prevalente nel delitto la offesa alla divinità, e nella pena la idea di una espiazione al nume oltraggiato, il giudizio penale dovette coordinarsi a cotesta nuova corrente di pensieri.

Digitized by Google

§. 800.

Perciò nel periodo teocratico e semiteocratico vediamo i sacerdoti (i quali avevano incominciato con lo intromettersi come protettori del delinquente avverso le esorbitanze delle private vendette) divenire i soli giudici del delitto ed i distributori della punizione: ora come moderatori e misuratori della vendetta privata, perchè le due idee cominciarono dal consociarsi; poi come liberi dispositori della vendetta di Dio.

§. 801.

Il giudizio subiettivo in questo secondo periodo non poteva essere, e non fu (come ne accerta la storia delle razze semitiche) che una cerimonia religiosa. Di qui la parola *supplicium* insieme con altre che sono rimaste nel linguaggio della scienza, e nella pratica penale, e che tutte rivelano le origini religiose del giudizio punitivo; alle quali continuarono a dare omaggio anche i cittadini divenuti giudici dopo che ebbero strappato dalle mani del sacerdozio lo esercizio della punitrice giustizia (1).

(1) Per cotesta idea in Atene i rei di delitto di sangue si perseguitavano a nome delle Eumenidi; e l' Areopago, al quale era riservato il diritto di giudicare i delitti contro le persone, affermava di avere ricevuto dagli Dei il potere che esercitava: vedasi Dugit *Etude sur l'Aréopage Athénien*, *Paris* 1867 — Perrot *Droit public de la République Athénienne pag.* 92, *Paris* 1867 — Sched *Areopagus id est*

Digitized by Google

vetustissimum Athenarum totiusque Greciae Tribunal, Vitebergae 1667; che trovasi la quarta nella *collectio Dissertationum historico antiquariorum juridicarum,* pubblicata a Brema nel 1785. E la recente pubblicazione dello illustre Thonissen *le droit pénal de la République Athénienne, Bruxelles* 1875. Sembra però che si distinguesse fra delitti e delitti, e la idea della vendetta divina riservata alla persecuzione dei più gravi misfatti facesse luogo alla idea della vendetta dell' offeso nei delitti minori.

§. 802.

Ma i potenti delle nazioni mossero guerra agli ordinamenti teocratici. Di qui la lotta tra il sacerdozio e l' impero: alleati sempre a prestarsi mutua assistenza contro ogni tentativo di popolare emancipazione, poscia, cessato il pericolo, osteggiantisi sempre a tutta oltranza per contendersi la dominazione delle genti sommesse.

§. 803.

Non ultimo oggetto di tali lotte fu il potere giudiciario. Anche le autorità temporali passarono attraverso il procedimento pel quale erano venute le autorità religiose ad intromettersi nella cognizione dei reati. Voglio dire assumendo i capi delle nazioni l' ufficio di protettori dell' offensore contro l' offeso, e interponendosi per giudicare dei limiti entro i quali doveva restringersi l' esercizio per parte di questo del diritto alla vendetta. Ma poichè col progredire dei lumi si modificarono le vecchie nozioni, e fu ravvisata come dominante nel delitto

Digitized by Google

la idea di una offesa alla società, e nella pena la idea di una vendetta sociale, poterono le autorità secolari, costituitesi vindici della nazione, strappare poco a poco al sacerdozio l'autorità giudiciaria. E primi i delitti di indole politica (1), ultimi quelli di indole religiosa, vennero a sottoporsi alla cognizione dell'autorità civile. Ed ecco i re giudici: ecco i comizi popolari, i senati conoscitori dei delitti e delle punizioni, secondo le varietà dei politici ordinamenti. In questo terzo stadio la giustizia si rende sempre a nome della nazione, sia che si rappresenti dal re, dagli ottimati, o da tutto il popolo riunito in comizio. Nei governi monarchici la sentenza è un decreto o rescritto; negli altri un senatoconsulto, od un plebiscito.

(1) Lunga è la storia delle lotte che il sacerdozio, contrastando palmo a palmo il terreno alla potestà secolare, sostenne per mantenere la propria giurisdizione specialmente nelle materie criminali. Ora si adduceva la differenziale delle pene come ragione di potere conoscere dei delitti non solo commessi dai chierici (insistendo sulla immunità personale) allegando che i tribunali ecclesiastici non infliggevano che pene canoniche, cioè pubbliche penitenze. Ma a ciò replicavasi che in molti luoghi alle pubbliche penitenze si erano venute sostituendo le multe; e che anche senza ciò le stesse pubbliche penitenze erano pene *sensibili*, perchè sottoponevano il condannato alla vergogna ed al disonore in faccia ai suoi concittadini; cosicchè rimaneva sempre la ingiustizia che un solo delitto fosse colpito da *doppio flagello*. Laonde non volendo il potere secolare recedere dallo esercizio della repressione dei reati era giuocoforza che i tribunali ecclesiastici abbandonassero il campo. Si tentò una via conciliativa con la teorica della *prevenzione*, ma fu un' eva-

Digitized by Google

sione fallace. Si residuarono le pretese del clero ai casi *misti*, a quelli cioè dove al delitto si congiungeva un grave peccato, come l' adulterio e la bestialità, e specialmente quelli che contenevano casi riservati ai vescovi. Si recò innanzi anche la considerazione della *irregolarità* canonica conseguente a certi reati, osservando che la chiesa non poteva dichiarare irregolare un chierico per obbedienza ad un giudicato laico. Si recò innanzi il diritto di accordare o negare la sepoltura ecclesiastica, e di qui la necessità di conoscere del delitto. Tutte le vie si tentarono per mantenere almeno qualche residuo della giurisdizione ecclesiastica sui delitti. E queste lotte durarono a lungo anche nel quarto periodo (§. 805) cioè dopo la istituzione della Magistratura, ed è per ciò che nelle decretali Pontificie trovasi nel quinto libro la trattazione dei delitti e dei giudizi penali. Ma ormai può dirsi svanita ogni reliquia della giurisdizione ecclesiastica. Vedasi Boehmero *jus ecclesiasticum tom.* 5, *tit.* 10, §. 3, *pag.* 6, *Halae Magdeburgicae* 1738.

§. 804.

Anche in questo terzo stadio il giudizio soggettivo non potè avere che forme arbitrarie. Essendo giudice il legislatore, poco fruttificava la idea di un *rito* inalterabile costituito come freno dei giudicanti.

§. 805.

Ma da un lato la moltiplicazione delle cure governative, dall' altro lato la repugnanza (1) che chi rappresentava l'offeso giudicasse dell'offensore, condussero alla creazione di un ordine speciale di cittadini; cui l' autorità sociale (o di re, o di magnati, o di plebe) delegasse o perpetuamente o tempora-

Digitized by Google

riamente l' esercizio della potestà giudiciaria. Ecco la origine della magistratura. Istituzione cioè di un ordine di persone investite del potere giudiciario. Tale istituzione segnò una epoca memorabile nel progresso civile, ed è soltanto da lei che può sperarsi la realizzazione della libertà in uno stato.

(1) Montesquieu *(esprit des lois, livre* 6, *chap.* 5, *Paris* 1838) rileva tutti gl' inconvenienti dello immischiarsi i Principi nella giudicatura.

§. 806.

A quest' ultimo periodo dovette bene sentirsi la necessità di ordinamenti procedurali, limitanti l' arbitrio di coloro che, eletti giudici, si elevavano ad una potestà sui loro eguali, la quale dove fosse rimasta sbrigliata poteva di facile rendersi pericolosa. Cosicchè il giudizio criminale nella forma esteriore non assunse una fisonomia pronunciata fino a questo quarto periodo. La idea di giustizia non si disconobbe mai neppure nei periodi precedenti; ma la giustizia nel primo stadio doveva foggiarsi a quella figura che le imponeva lo sdegno: nel secondo dovette assumere le tinte del fanatismo: e subire nel terzo i suggerimenti della paura. Laonde le forme giudiciali, arbitrarie nel primo stadio, convertite in riti superstiziosi nel secondo, atteggiate autocraticamente a norma dei bisogni nel terzo, solo nel quarto acquistarono la nobile divisa di ordinamenti razionali sovrastanti all' uomo che giudica il proprio simile. I codici di procedura penale, ignoti ai primi periodi, dovettero nascere nel quarto: e nacque-

Digitized by Google

ro effettivamente, perchè la storia dei fatti risponde perpetua nel corso dei secoli al progresso delle idee, ed allo svolgimento della umana ragione.

CAPITOLO III.

Origine filosofica *del giudizio penale.*

§. 807.

Frutto di tale svolgimento si fu che la civiltà moderna non più si appagasse di un cieco ossequio. Essa, avviata una volta a cercare la ragione del proibire e del punire altrove che nel fatto dei suoi maggiori, dovette cercare eziando con criterio analogo la ragione del giudicare. Di qui la indagine sulla origine *filosofica* del giudizio penale (1).

(1) La idea di una scienza della procedura penale è assai più antica che non lo sia quella di una scienza del diritto penale, la quale al principio di questo secolo poteva dirsi nascente, e si è elevata a tanta altezza sotto gli occhi della presente generazione. Le Cattedre penali delle Università fino alla metà del passato secolo si occuparono soltanto della spiegazione di qualche legge positiva sui più gravi delitti, ma già avevano cominciato a trattare in un modo razionale della procedura.

§. 808.

Ma o si cerca la ragione di essere del giudizio penale guardato *obiettivamente* — pronuncia dell' uomo sullo stato di reità o di innocenza dell' altro uomo: o si cerca la ragione di essere del giu-

Digitized by Google

dizio penale *subiettivamente* guardato — forme che circoscrivono l' autorità giudiciale. Passivo del primo è il solo giudicabile: passive del secondo, insieme con lui, sono tutte le persone che nel giudizio intervengono.

§. 809.

Se si cerca la origine filosofica del *giudizio penale* nel primo senso, poco vi vuole a riconoscervi una deduzione spontanea della origine filosofica della pena.

§. 810.

Se la legge eterna dell' ordine impone all' uman genere la società e l' autorità civile per la tutela del diritto; se per le condizioni dell' umana natura non può questa tutela dall' autorità sociale attuarsi senza la minaccia di un castigo da infliggersi a chiunque violi il diritto; è uno stretto corollario di tali verità che dagli identici principii, dai quali emana la legittimità del divieto e della minaccia, derivi del pari la legittimità del giudizio. Necessario è il giudizio affinchè verificatasi la previsione del delitto, divenga reale la irrogazione del castigo: necessario è che il giudizio sia un atto di ragione; come dovette essere un atto di ragione proibire il fatto violatore, e minacciare la pena.

§. 811.

Ma dall' essere appunto una necessità logica che il giudizio obiettivo vi sia, e che sia il risultato di un atto di ragione, trae spontanea la sua origine

Digitized by Google

filosofica il giudizio *subiettivo:* ossia un ordine subiettivo di forme che conduca in modo razionale al discoprimento del vero.

§. 812.

Se procedono da principii di ragione assoluta e da leggi immobili la nozione del delitto e della pena, non può non sottostare ad altrettanti dommi di ragione assoluta il giudizio, che è il pratico congiungimento di quei due fatti. Come vi sono principii inalterabili che imperano al legislatore nell'atto in cui proibisce certi fatti e minaccia loro il castigo; forza è che vi siano principii inalterabili a cui debba subordinarsi l'atto del giudicare.

§. 813.

Ora questa necessità di ottenere un giudizio ideologico sulla reità e sulla punizione, che sia atto di ragione presuntivamente conforme al vero, conduce alla ulteriore necessità che il legislatore prescriva un rito impreteribile agli uomini destinati a giudicare, e che a cotesto rito scrupolosamente si uniformino i giudicanti (1).

(1) Da questo postulato cardinale della necessità assoluta e del fine del *rito,* discendono come indeclinabile conseguenza le due regole — 1.° Che il legislatore tradisce la propria missione quando non detta minutamente tutte le singole parti del rito da osservarsi nei giudizi criminali — 2.° Che il legislatore male adempie la sua missione quando i precetti che impongono la osservanza del rito non avvalora con op-

Digitized by Google

portune sanzioni le quali lo rendano impreteribile. Con ciò fa cosa inutile, ipocrita, e derisoria, poichè dettando un rito che può ad arbitrio dei giudicanti violarsi non ha fatto una *legge* ma dato un *consiglio*. La legge senza sanzione non è legge. La sanzione naturale di tutti i precetti costituenti il rito è la nullità di qualunque atto che lo violi. Un codice di procedura che prescrive certe forme senza decretare lo annullamento di ciò che fu fatto in contravvenzione di quelle forme, è una mistificazione maliziosa con la quale si è voluto dare a credere al popolo di provvedere alle guarentigie degli onesti, mentre nulla si è guarentito.

§. 814.

Cosicchè società civile, autorità, divieto, pena, giudizio, sono una catena indissolubile di fatti, che tutti risalgono ad un sommo principio, comune a tutti loro — *la necessità in cui è posta per la sua destinazione la umanità, che sia tutelato il diritto.* Necessità derivante non dall' ordinamento politico, ma dalla legge naturale dell' uomo, la quale è prima causa assoluta di tale ordinamento. Intuito dell' autorità civile è di frenare la violenza degl' individui: intuito del giure penale è di frenare la violenza del legislatore: intuito degli ordinamenti procedurali è di frenare la violenza dei magistrati: le quali tre forme di violenza (come già osservava Bacone) sono tutte ugualmente nemiche del diritto, e perniciose ugualmente.

§. 815.

E ricordisi che si deve riconoscere la origine del giure penale non nella necessità della *difesa sociale,*

Digitized by Google

ma nella necessità della *difesa del diritto*. E si avverta (come sopra notai) che le due formule sono essenzialmente difformi. Perchè la *difesa della società* potrebbe in certi casi portarsi a legittimare anche la violazione del diritto individuale, allargando il pericoloso dettato *salus publica suprema lex esto;* lo che nel giure penale non può concedersi, perchè sostituendo la dominazione della utilità alla dominazione (che sola è legittima) della giustizia, conduce le leggi alla violenza: mentre invece la formula *difesa del diritto* non ammette cotesto possibile.

§. 816.

Laonde dovendo essere il giudizio penale l'ultimo strumento della tutela del *diritto,* è evidente che gli ordinamenti procedurali vogliono essere composti a doppio servigio: tutela cioè del diritto che hanno i buoni alla punizione del colpevole; e tutela del diritto che ha il giudicabile di non essere sottoposto a punizione senza demeriti, od oltre la giusta misura dei suoi demeriti. Non si può raggiungere il vero concetto razionale degli ordinamenti di procedura punitiva, se non si pone mente allo scopo della tutela del diritto in questo suo duplice aspetto. Di qui nasce difficoltà massima per chi si pone a dettar regole di rito penale: difficoltà voglio dire, di conciliare la tutela del diritto nell'accusato, con la tutela del diritto nei consociati (1).

(1) Nel conflitto fra questi due bisogni qual è che deve prevalere? Senza dubbio quello di tutelare il diritto dell'accusato. E la ragione cardinale di siffatta risposta è palpabile:

Digitized by Google

perchè se si viola il diritto a danno dell' accusato si cagiona un male *certo* e *positivo*, la condanna dell' innocente; mentre se preferendo l' assoluzione nel caso di dubbio si è (in faccia all' arcano vero) violato il diritto che avevano i consociati alla punizione del colpevole, non si è prodotto che un mero *pericolo*. Cosicchè la differenziale fra conseguenza e conseguenza è precisamente quella che intercede tra l' affrontare un *male* e l' affrontare un *pericolo*. Di più al male reale della condanna dell' innocente torna a congiungersi un doppio pericolo anche pei consociati: cioè 1.° il pericolo che il vero colpevole così rimasto impunito ne tragga incitamento a nuove lesioni del diritto: 2.° il pericolo che su ciascuno incombe di essere alla sua volta vittima di un errore giudiciario; pel quale i cittadini esitano fra il timore delle delinquenze, ed il timore delle aberrazioni giudiciali, e si sentono sempre meno sicuri, e la giustizia diviene antipatica. Scrisse Pastoret — vi sono nel giure penale degli assiomi così apodittici quanto possono esserlo quelli delle matematiche: e come tale, e come il più positivo fra questi, bisogna riconoscer quello che proclama *satius esse impunitum facinus relinqui, quam innocentem damnare*. Nessuno oserebbe oggidì a fronte scoperta impugnare questa verità. Ma però le tradizioni dell' antica barbarie fanno ripetere talvolta anche oggidì quella bestemmia, che una sentenza assolutoria sia uno *scandalo* politico. Scandalo vero sarebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo: e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio nel firmare le assoluzioni, senza tremare nè sospirare nel firmare le condanne. Scandalo vero: perchè con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che i giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l' esser convinto colpevole, ma l' essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistra-

Digitized by Google

tura, e rafforzano la fede nelle sentenze condennatorie; come le tempestive contradizioni di amico ce lo fanno più caro perchè ci assicurano di non avere al fianco un adulatore. Le sentenze assolutorie assodano nei cittadini la opinione della propria sicurezza. Mentre invece le condanne precipitate su fallaci argomenti generano in chi rifletta un sentimento di pericolo, più pauroso assai che nol sia la impunità di un colpevole. Il desiderio, che taluni careggiano fino alla monomanìa, di veder sempre condannare l'accusato, è un'aberrazione dalla ragione penale; è un insulto alla umanità: come è una irriverenza alla magistratura il lamentare le assoluzioni. E pure è tale la forza dei pregiudizi ai quali soggiacciono inconsapevolmente anche gli uomini più dotti e più probi che oggidì nelle ricerche statistiche istituite sulla proficienza dei giurati in Italia si pronuncia il giudizio del merito comparativo sul solo criterio del *numero delle condanne e delle assoluzioni!* E si grida che la Giurìa dà *migliore frutto* in quella Provincia, e *peggiore* in questa, solo perchè si trova che in quella i verodetti di condanna offrono la proporzione di novanta sopra cento accuse; ed in questa la proporzione di settanta su cento. Fascino fatalissimo! Quasichè la giustizia penale si esercitasse soltanto col condannare! Nè vuolsi tener conto delle intime cause di quelle differenze, le quali risalgono per lo più alla precipitazione delle accuse ed al senno maggiore o minore di chi corre a decretare gl' invii degli accusati a giudizio.

§. 817.

Riassumendo queste idee se ne conclude che riconosciuto nel bisogno della *tutela giuridica* il solo legittimo fonte delle potestà delle quali è fornita l'autorità sociale, è necessità logica accettare i seguenti corollarii.

Digitized by Google

1.° Che i così detti *diritti della autorità sociale* non sono che lo adempimento del dovere che in lei precede, e che è la ragione dello essere suo: il dovere cioè di mantenere la tutela giuridica.

2.° Che questo dovere è illimitato, indefinito ed *universale* verso tutti i consociati; e l'autorità deve obbedirvi così verso gli onesti atterriti dal delitto, come verso gli onesti caduti ingiustamente in sospetto di reità quantunque innocenti, come anche verso gli stessi colpevoli quando si trovano in pericolo di una imputazione e di una pena soverchiante il vero ed il giusto.

3.° Che dunque sono due contenuti inseparabili dal debito di mantenere la tutela giuridica, così l'obbligo che corre alla autorità di provvedere alla *accusa* come l'obbligo che le corre di provvedere alla *difesa.*

4.° Che deve necessariamente l'autorità sociale delegare lo adempimento di questi due doveri ad individui che possano disimpegnarli, cioè l'obbligo di proteggere il diritto con l'*accusa* agli agenti della forza, Pubblici Ministeri, e simili; e l'obbligo di proteggere il diritto con la *difesa,* ai Magistrati ed ai Patroni; ma sempre *prelativamente* ai patroni; e soltanto *suppletoriamente* ai Magistrati.

5.° Che per conseguenza a questi suoi delegati deve l'autorità sociale conferire tutte quelle *facoltà* che sono necessarie perchè ciascuno nella sua sfera eserciti utilmente la tutela giuridica dopo avere essa però stabilito le norme di tale esercizio con la legge di rito.

6.° Che peraltro essa non può nella legge di rito conferire nè agli uni nè agli altri la facoltà di con-

Digitized by Google

tradire a quello obiettivo e manomettere la tutela respettivamente affidata. Investita dei suoi poteri l'autorità sociale al solo fine di proteggere il diritto non può essa direttamente senza tradire il proprio ufficio dettare ordini che lo conculchino: laonde neppure può conferire ai suoi delegati facoltà che conducano a simile effetto; perchè sarebbe assurdo che il delegato avesse poteri maggiori del delegante, e che l'autorità sociale potesse fare col mezzo di altri ciò che a lei è interdetto di fare direttamente da sè.

7.° Che tutta la somma degli ordinamenti procedurali deve essere sempre subordinata a siffatti principii; e che un Codice di procedura che in uno od in altro senso li abbia dimenticati o violati è *tirannico,* e che l'autorità la quale lo detti non usa ma abusa del suo mandato. La sola sovranità emanata da Dio sulla terra, è la sovranità del diritto. Queste sono le logiche indeclinabili deduzioni che scaturiscono dallo assumere il principio della tutela giuridica come fondamento del diritto di punire, o, meglio che deduzioni, sono i necessari contenuti di quella grande verità.

CAPITOLO IV.

Fine *del giudizio.*

§. 818.

Se il giudizio penale si guarda nel suo complesso, e cioè tanto nel senso obiettivo quanto nel senso subiettivo, il suo ultimo *fine* coincide col fine della

Digitized by Google

pena: vale a dire, è il ristabilimento dell' ordine turbato dal delitto. Guardato il giudizio nel suo rapporto con quest' ultimo fine (che quanto al giudizio subiettivo è *mediato*) esso ha un carattere eminentemente *politico*. È uno strumento per riparare al male politico del delitto.

§. 819.

Ma se si considera il giudizio nel suo aspetto esteriore, come un complesso di atti materiali che serve a fare emergere il giudizio intellettuale, bisogna riconoscervi un *fine* più prossimo e *immediato:* quello cioè di procurare che il giudizio intellettuale riesca conforme al vero: in una parola che il limite della giustizia, non soverchiabile nel proibire e nel minacciare la pena, non sia soverchiato nel giudicare. Senza ciò la legge, giusta nei suoi dettati astratti, potrebbe divenire ingiusta nelle sue applicazioni concrete. Ed in questo consiste il fine *politico* del giudizio esteriormente guardato. Non basta che il giudizio abbia raggiunto effettivamente il suo fine *giuridico*, cioè di condurre alla esatta cognizione del vero in quanto siasi propriamente condannato il *vero colpevole*, e condannato soltanto in quella misura che egli meritava. Bisogna che ciò *si creda* dal popolo. Ecco il fine *politico* delle forme procedurali. Quando le forme non furono osservate la fiducia pubblica intorno alla giustizia del giudicato non è altro che la fiducia nella sapienza ed integrità dell' *uomo* che giudicò, e questa può non aversi da tutti: ma quando le forme furono osservate la fiducia pubblica ha un

Digitized by Google

cardine razionale in siffatta osservanza. Se il popolo *dubita* della giustizia di una condanna l'ufficio politico del magistero punitivo è smarrito per sempre. Una condanna possibilmente ingiusta o sospettata come tale dai cittadini non ristora la loro tranquillità, non rafforza la opinione della sicurezza; anzi ne aumenta i pericoli: è dunque scopo politico di quelle forme lo ingenerare nell'animo dei cittadini una fiducia cotanto necessaria. Laonde anche nel giudizio penale trovasi non solo una forza *morale soggettiva* (consistente nella intelligenza di chi giudica e nella sua obbedienza ai dettati di ragione) ma ben anche una forza *morale oggettiva,* la quale appunto sta in questo che tutti i cittadini per virtù delle osservate forme abbiano come indubitata la colpevolezza del condannato e la giustizia della misura del castigo irrogato (1).

(1) Scriveva testè con quel suo grande senno lo illustre Filippo Bonacci che — *in ogni giudizio penale non si agita solo la causa di questo o di quello accusato, ma si la causa di ogni cittadino e della intiera società.*

§. 820.

Tale essendo il *fine* del giudizio guardato esteriormente (come complesso cioè di fatti materiali che preparano il giudizio intellettuale) torna da ciò a dimostrarsi che nel modo stesso che il giudizio in senso obiettivo soggiace alle leggi assolute della ragione, la quale in questa sua funzione assume il nome di *critica;* così il giudizio in senso *subiettivo* soggiace pur esso a dei principii di assoluta ra-

Digitized by Google

gione, che insegnano certe forme e condizioni doversi ammettere e adoperare nel giudizio; certe altre non doversi ammettere, e doversi anzi proibire; e certe altre potersi indifferentemente ammettere, o non ammettere.

§. 821.

La esistenza di tali principii assoluti mostra il perchè anche la parte procedurale formi oggetto del giure penale filosofico. Senza ciò la procedura non potrebbe elevarsi al grado di dottrina scientifica: essa non sarebbe che un' arte; perchè non volendo confonderla con lo insegnamento della critica giudiciaria, il suo insegnamento non sarebbe che l' arida analisi dei veglianti codici di procedura.

§. 822.

Ma se esistono cotesti principii assoluti, dai quali non può preterire nè il legislatore nell' ordinare il rito penale, nè il magistrato nell' applicarlo, anche la materia dei giudizi è opportuno argomento di una scienza, ed una parte che non può intrammettersi nella esposizione del giure penale speculativo.

§. 823.

Le forme del giudizio possono entro certi limiti variare col mutare dei costumi e dei tempi: ed essere anche, entro certi confini, in piena balìa del legislatore, e da questo commettersi alla balìa dei magistrati. Ma ciò non può dirsi di tutte le forme:

Digitized by Google

perchè il giudizio penale non è un mero strumento della politica, la quale galleggia a seconda delle correnti. Esso è strumento indispensabile a che la decisione sull' accusa non aberri dai limiti della giustizia. Dunque come inserviente ad un fine assoluto, non può non essere subordinato a dei precetti assoluti. Precetti che non è dato conculcare nè a principe nè a magistrato senza offendere la giustizia: dai quali precetti se aberra il legislatore cade in tirannide; se ne aberra il magistrato cade in abuso di autorità.

§. 824.

La ricerca di tali principii (ossia delle *condizioni essenziali* che devono accompagnare il giudizio penale) è lo scopo di questa parte della nostra teoria: e siffatta ricerca conduce alla partizione naturale delle materie.

CAPITOLO V.

Condizioni essenziali del giudizio in generale.

§. 825.

La natura del giudizio criminale, che lo destina ad essere un atto di ragione, il suo principio fondamentale, i suoi fini, concorrono a persuadere che devono esservi nel giudizio delle *condizioni essenziali,* assolute, indispensabili al medesimo in tutti i luoghi, in tutti i tempi, e sotto tutte le forme alle quali si atteggi. *Condizioni* che non possono mancarvi senza far degenerare il giure penale in un abuso di forza.

Digitized by Google

§. 826.

Tali condizioni vogliono esser desunte o dal *fine mediato* del giudizio subiettivo, che è la repressione del disordine (§. 818): o dal suo fine immediato, che è la discoperta del *vero* (§. 819) ossia la giustizia. Esse appellano o alle *persone*, o agli *atti*.

§. 827.

Le *persone* impreteribilmente necessarie al giudizio penale sono tre: *accusatore, reo*, e *giudice*.

§. 828.

La persona dell' *accusatore*, o sotto uno o sotto altro nome, o con maggiori o con minori attribuzioni, è assolutamente necessaria al giudizio: perchè la innocenza essendo lo stato naturale e condizione ordinaria di tutti i cittadini, non può sorgere dubbio od inchiesta circa la *eccezionale* qualità di colpevole in alcuno, senza un' affermazione di tale eccezione. E la necessità dell' affermazione conduce alla necessità di un affermatore.

§. 829.

La persona del *reo* è pure indispensabile per ragione assoluta. Un giudizio non può essere un dardo lanciato al vento, ma bisogna che sia diretto contro qualcuno. E quest' uno, tostochè viene a sospettarsi e conoscersi, bisogna che prenda parte al giu-

Digitized by Google

dizio che si instaura contro di lui; essendo inumano non solo, ma illogico, che si possa condurre a fine una investigazione sulla reità di alcuno, e proclamandolo colpevole sottoporlo a punizione, senza aver chiamato a fare le sue parti in tale disamina colui contro il quale è diretta.

§. 830.

La persona del *giudice* è non meno indispensabile, perchè tra l'accusatore che afferma ed il reo che nega, rimarrebbe perpetuamente perplesso il problema, alla cui soluzione tende il giudizio subiettivo, se non vi si intromettesse un terzo imparziale, che decidendo tra quella affermazione e negazione respettiva, procacciasse il giudizio obiettivo nel senso della reità o della innocenza.

§. 831.

Gli *atti* che debbono sotto uno od altro nome o forma, tutti ritrovarsi sempre nel giudizio penale sono quattro: la *contestazione dell'accusa:* la *prova:* la *difesa:* la *sentenza.* Queste quattro condizioni, che io dico *essenziali* alla forma del giudizio in qualsiasi metodo, rispondono ai quattro atti essenziali che sono impreteribili in ogni ricerca che voglia istituirsi in conformità della *buona logica* — 1.° esporre il dubbio — 2.° raccogliere gli argomenti che possono chiarire il vero — 3.° discutere gli argomenti raccolti — 4.° decidere.

Digitized by Google

§. 832.

La *contestazione dell' accusa* è la concretazione e manifestazione del problema presentato alla giustizia. È imprescindibile che ad uno o ad altro momento del giudizio la si faccia: perchè essendo necessario al discoprimento del vero che si desidera, lo intendere l' accusato, sarebbe assurdo che l' accusato si condannasse senza udirlo o si volesse udire senza avergli fatto conoscere ciò che l' accusa afferma contro di lui.

§. 833.

La *prova* credettesi un tempo che non fosse essenziale al giudizio, quando nei secoli barbari si pensò che la sola accusa bastasse a costringere l' accusato a *purgarsi*. La idea torta che un' accusa bastasse ad obbligare il reo a *purgarsene* fu quella che introdusse le *ordalie*, gli *esperimenti*, i *duelli* giudiciarii; e per ultimo i *giuramenti purgatorii* del reo, e dei suoi alleati detti *conjuratores*. Ma il progresso dei lumi portò alla rettificazione di cotesto assurdo concetto. Taluno senza accorgersene lo riproduce inavvertitamente tuttora, obiettando al reo di non essersi a sufficienza *purgato* dall' accusa: perchè i vecchi errori lasciano pur troppo dietro loro delle vestigia, se non altro nel linguaggio; e il linguaggio torna troppo spesso a traviare le idee: onde quelle vestigia, benchè appena percepite, non cessano di essere perniciose. L' accusato non ha obbligo di *purgarsi* di niente; perchè la reità, quan-

Digitized by Google

tunque presentata dall' accusa sotto forma di teorema, se è tale per lui, è sempre un problema per tutti gli altri: nè può produrre contro gli interessati altro effetto tranne di attenderne la soluzione. Ma col negare ha il reo bastantemente repulso l'accusa, nè altro dovere gli corre finchè l' accusatore non *prova — Reus inficiando vincit.* Fu il giure canonico quello che restituì cotesto omaggio alla ragione con grande benefizio della umanità e servigio al vero; proclamando come necessità la *prova* anche nei giudizi penali, onerando di tal prova l' attore, ed elevando a domma scientifico e pratico anche in criminale la regola *actore non probante reus absolvendus:* domma che a certi tempi parve una novità. Dopo ciò non lice più dubitare che la *prova* sia uno degli *atti essenziali* di cui non può fare a meno il giudizio penale. Può questo fatto della prova riescire incompleto, ed il risultato del giudizio sarà allora l' assoluzione. Ma supporre un giudizio senza neppure un tentativo di prova, sarebbe un assunto ridicolo (1).

(1) È parimente un errore o piuttosto un vano circolo di parole quel precetto troppo irriflettutamente vergato, e troppo ciecamente ripetuto da molti, che della prova può farsi a meno nei fatti *notorii:* Scaccia *de judiciis lib.* 1, *cap.* 76, *Coloniae Agrippinae* 1738 — Valli *istituzioni criminali lib.* 2, §. 4, *pag.* 188, *Venezia* 1789. Ciò può ammettersi in ordine a certe generalità storiche; ma in quanto aggirasi intorno alle circostanze che formano obietto della imputazione e degli elementi del delitto quel precetto è irragionevole. Il *notorio* non è persona viva che comparisca al cospetto del giudice a farlo convinto; esso medesimo ha bisogno di prova; onde

Digitized by Google

i pratici dovettero occuparsi specialmente del *modo* col quale fosse a provarsi il notorio: Ziletto *Cons.* 159, *vol.* 1, *Venetiis* 1566. È dunque un giuoco di parole affermare che dispensa dalla prova ciò che ha bisogno esso stesso di essere provato. Ma quando sarà provato il notorio rimarrà sempre a vedere quali sono le basi di questa *notorietà*. Se essa avrà per suo solo elemento una opinione generalmente accolta in qualche contrada potremo dire di avere ottenuto la prova della *pubblica fama*, la quale (come vedremo) non è che un *indizio* più o meno valutabile, secondo i casi, ma sempre insufficiente, finchè rimane isolato, a condurre ad una condanna. E se la notorietà attestata in processo avrà la sua genesi nelle asseverazioni dei fidefacienti circa fatti caduti sotto i loro sensi sarà una tautologia affermare che il *notorio* ha dispensato dalla *prova*. Il notorio è lo *effetto* resultante dalle *prove dirette* ottenute in processo, non è altrimenti la *prova* del fatto. Vi sono bensì certe circostanze che non esigono prove in processo perchè ormai *appartenenti alla storia*, come per esempio che la Toscana fosse riunita nel 1859 per un plebiscito al reame di Italia. Ma queste non attengono agli elementi di un delitto. Che se per una eventualità qualunque in un processo criminale occorresse il bisogno di accertare il *giorno preciso* nel quale avvenne il celebre plebiscito toscano; e su questo giorno fossero in contradizione accusa e difesa e il determinarlo fosse influente sullo accusare o sullo assolvere, bisognerebbe bene che anche di questo fatto storico si ponesse sotto gli occhi del giudice la prova diretta (se non altro per documenti) affinchè il giudice avesse in atti la dimostrazione che il vero si afferma o dalla accusa o dalla difesa. Io ebbi in pratica un singolare esempio di questa verità. Decideva della assoluzione del mio cliente il sapere se in un dato anno l'ufficio di buon governo in Livorno reggevasi tuttora da Cajo. Io diceva che in quell'anno già era a Cajo succeduto in quello ufficio Sempronio. La Corte mi obiettava che io non aveva dato *prova* di ciò. A me veniva fatto inconsultamente di rispondere che tutti noi lo sapevamo

Digitized by Google

ed era cosa notoria. Ma la Corte a buona ragione mi mortificava rispondendo che il *notorio* non era comparso in giudizio. Io riconosceva la futilità della mia replica, e produceva il giornale ufficiale, e la Corte fu sodisfatta ed assolvette. Il notorio quando cade sopra circostanza che si incarna nella criminosità, è una *vana parola*: esso non esiste senza la sua prova specifica. Quando questa prova ha dimostrato una credenza generale avremo una *pubblica fama*, cioè un indizio più o meno concludente; quando questa prova ha recato innanzi dimostrazioni *dirette* del fatto in questione, è provato il *fatto* e non il *notorio*. Ecco a che si riduce questo famoso broccardo del quale così spesso abusarono i pratici.

§. 834.

La *difesa* è pure atto necessario al giudizio, poichè il cittadino accusato si vuole spogliare di un suo diritto in pena di un maleficio che gli si obietta; ora ogni diritto porta seco per legge naturale il *necessario contenuto* della facoltà di tutelarlo. E come la stessa legge di natura dà all'uomo la facoltà di tutelare il suo diritto mediante l'uso della forza contro un' aggressione violenta; così gli dà la facoltà di tutelarlo con le armi della ragione contro un attacco giudiciario. I Romani riconobbero il diritto di difesa anche negli schiavi: *leg. 19 ff. de poenis* (1).

(1) Implicita recognizione di quella suprema verità che la perniciosissima scuola degli statolatri vorrebbe disconoscere; cioè che tutti i diritti i quali appartengono all' uomo come *individuo* non sono un regalo della società; non sono dati da lei, ma *precesistono* a lei. La società non può vantarsi di

Digitized by Google

aver concesso all' uomo altri diritti tranne quelli che a lui spettano come cittadino. Di qui la iniquità della morte civile nella forma esorbitante e spogliatrice anche dei diritti che vengono dalla natura,

§. 835.

Finalmente la *sentenza* (la quale altro non è che la formazione e la *manifestazione del giudizio* obiettivo, a cui tendeva, come a sua meta, tutta la serie degli atti esteriori che costituirono la materialità del giudizio) è tanto impreteribile nel giudizio stesso, che senza la medesima non può mai dirsi esaurito. Essa ne è una necessità non solo giuridica, ma veramente ontologica.

§. 836.

Il buon andamento della giustizia può esigere nel giudizio ulteriori *persone accessorie:* richieste o per la *guarentigia* del vero, come i cancellieri (1) o per rispetto alla *dignità* del tribunale, come uscieri, cursori ec.; ma queste persone secondarie, che non tengono alla essenza principale del giudizio, se meritano speciali provvisioni per parte dei legislatori, non richiamano la scienza a serie considerazioni.

(1) La persona del *Cancelliere* io pongo fra le accidentali del giudizio, perchè al concetto astratto del medesimo essa non è intrinsecamente necessaria, e si hanno esempi di giudizi minimi che si consumano senza l' intervento della medesima. Ma guardato il giudizio sotto un punto di vista pratico bisogna persuadersi che lo intervento del *Cancelliere*

Digitized by Google

nelle cause di qualche importanza è indispensabile a completare le guarentigie. Posto infatti come necessità assoluta che certe forme di *rito* debbano integralmente osservarsi in tutti i giudizi penali, è manifesto il bisogno di avere una certificazione di tale osservanza. Questa certificazione non può affidarsi nè allo accusatore, nè al reo o suo difensore, perchè animati da contrario interesse: non può affidarsi al giudice perchè il rito essendo prescritto come freno a lui stesso non può essere in sua balìa lo affermare la propria obbedienza. Di qui il bisogno della dualità di persona nella scritta procedura: di qui il bisogno nel giudizio orale di una quarta persona la quale abbia lo speciale incarico di conservare testimonianza di quanto fu detto o fatto nel giudizio affinchè da tale testimonianza possa conoscersi se il rito fu doverosamente osservato, e quali furono le respettive dimande, opposizioni, e pronunzie. È chiaro da ciò che la legge sacramentale del rito è tutta consegnata alla fede del Cancelliere. Ed è pur chiaro da ciò che questo ufficiale deve essere affatto *indipendente* nel momento supremo del giudizio da tutte egualmente le parti che v'intervengono. Egli non deve discutere nè giudicare; ma soltanto registrare scrupolosamente tutto quanto si fa e tutto quanto si dice o dallo accusatore, o dal reo, o dai testimoni, o dal difensore, o dai giudici. In ciò egli non subisce altro impero tranne quello della verità. Questa è il suo superiore, a cui deve religiosamente obbedire rifiutandosi con coraggio a registrare nel suo verbale qualunque cosa contraria al vero che a lui vogliasi imporre da altri qualunque siane la autorità. Un Cancelliere che scriva o non scriva, e corregga e muti a talento del giudice, è un controsenso logico, un traditore del proprio ufficio; e la guarentigia che da lui aspetta la giustizia diviene effimera; ed assurda e ridicola la sua presenza. Fra i molti assurdi che si veggono con violazioni del senso comune e con oppressione della libertà sanzionati da certe odierne leggi procedurali uno dei più intollerabili è quello che il Cancelliere non possa formare il suo processo verbale se non a beneplacito del

Digitized by Google

Presidente. Con ciò viene falsata la istituzione del Cancelliere nel suo fine primario. La registrazione di tutto ciò che accade in un giudizio orale è imposta al Cancelliere perchè resti un documento dal quale risulti se il Presidente abusò o no dell' ufficio suo: e questo verbale si richiede perchè i Tribunali superiori che sono istituiti come custodi e conservatori del rito possano conoscere se il Presidente abusò o no dei suoi poteri, e ripararvi con lo annullamento degli atti eseguiti contro la legge. Ma se il Cancelliere non può scrivere nel verbale se non quello che vuole il Presidente, ed a questo si dà la balìa di farvi scrivere a modo suo, poco vi vuole a conoscere che anche questa guarentigia diventa una ipocrisia. Sagge anche in questa parte sono le leggi della Germania che prescrivono il Cancelliere dovere sempre essere un notaro matricolato: Weiske *op. cit.* §. 80. Inconsulti al contrario e deplorabili come sempre sono gli attuali sistemi italiani che destinano a fare da Cancelliere nelle procedure scritte giovani apprendisti senza esperienza che, per la coscienza della propria incapacità e pel bisogno di pane, sono strumenti passivi in mano dello inquisitore.

§. 837.

Del pari può il materiale svolgimento del giudizio richiedere altri *atti accessorii* oltre li enumerati: ma anche questi come attenenti più alla parte esecutiva che alla parte razionale del giudizio, non offrono argomento di particolari teoriche.

§. 838.

In una parola le altre persone ed atti possono essere e non essere nel giudizio criminale, secondo il variare delle forme. Ma le sette condizioni essen-

Digitized by Google

ziali che prendiamo in esame (l'intervento cioè nel giudizio di quelle *tre* persone e di quei *quattro* atti) sono imprescindibili sotto qualunque sistema, come verrà chiarito dalla loro particolare ispezione. In ordine a tutte queste deve esistere in ogni Stato una *legge di rito:* la quale sia, in ciò che attiene alla sostanza, sacramentale: e che deve dettarsi con obbedienza a principii di ragione assoluta, e ricordando quella gran verità insegnata da Montesquieu: *le forme nei giudizii civili sono sempre* troppe, *nei giudizi penali sono sempre* poche.

§. 839.

Ma prima di passare alla partita esposizione di siffatte *condizioni essenziali,* è opportuno completare le notizie storiche sul giudizio, descrivendo sotto un punto di vista generale i vari metodi di procedura penale, che hanno prevalso o prevalgono appo i diversi popoli; poichè siffatti metodi influiscono sul modo di attuazione delle *condizioni* anzidette.

§. 840.

Cotesti metodi non possono essere che tre, e si conoscono sotto il nome di processo o giudizio *accusatorio;* giudizio *inquisitorio;* giudizio *misto.*

Digitized by Google

CAPITOLO VI.

Caratteri del processo accusatorio.

§. 841.

Il metodo *accusatorio* fu nei giudizi criminali la forma primitiva. Anzi finchè nel delitto e nella pena primeggiò il concetto dell' interesse *privato*, era questa la unica forma possibile (1).

(1) Si cerca generalmente il tipo del processo accusatorio nei giudizi criminali della prisca Repubblica Romana. Vedasi Schmiedicke *De historia processus criminalis Romanorum, Vratislaviae* 1827 — Duareno *disputationes, vol. 4, cap. 37* — Van der Hoop *de iis qui antiquitus apud Romanos de criminibus judicarunt;* nel supplemento al Meermam *pag.* 605 — Labatut *Histoire de la Préture liv. 2, cap. 1, 2, 3, pag.* 147 *a* 170, *Paris* 1868. E sulle procedure degli antichi Germani Heineccio *Opera omnia, vol. 7, pag.* 810. Ma il processo accusatorio risale troppo più in alto, e certamente si trova come forma dominante nelle antiche Repubbliche della Grecia, come apprendesi da Thonissen *le droit pénal de la Republique Athénienne, Bruxelles* 1875.

§. 842.

Esso ha per base il principio che nessuno possa tradursi a giudizio senza un' accusa (1) che altri *sostenga* contro di lui appo le autorità competenti. Ma il metodo accusatorio nel suo primordio storico conferiva la facoltà di accusare soltanto all' offeso

Digitized by Google

e suoi congiunti. Poscia quando nel delitto si riconobbe una offesa sociale, la facoltà di farsi accusatore dovette estendersi a chiunque del popolo, salvo certe restrizioni di incapacità fisica o morale. Questo non fu che lo svolgimento della idea della competenza ad accusare nell'*offeso;* perchè ravvisata nel delitto una offesa alla società era logico che ogni cittadino come membro della società offesa potesse istituirne accusa. Da ciò nacque la distinzione fra delitti offensivi della società, e perciò commessi all'accusa pubblica; e delitti che ledevano il solo privato contro il quale si erano diretti, ed al quale soltanto od ai suoi congiunti si concedeva l'accusa non nella qualità di cittadini ma nella qualità di privati passivi di una lesione dei loro particolari diritti. Niente peraltro repugna che questo metodo si adatti ancora a riconoscere l'accusa come esercizio di un pubblico ufficio cenferito temporariamente a qualcuno; ed anche in tale sistema sempre domina la idea dell'accusa conferita all'offeso, perchè quel pubblico ufficiale la esercita come rappresentante la società la quale stimasi offesa dal delitto. Ma il metodo accusatorio puro non può funzionare utilmente che sotto un reggimento politico estremamente libero.

(1) Questa proposizione in quanto agli ordinamenti romani si combattè da Duareno *disputationes vol. 4, cap. 38, Lucae* 1765.

§. 843.

I caratteri speciali di questa forma sono:

1.° La piena *pubblicità* di tutto il procedimento.

Digitized by Google

2.° La *libertà* personale dell' accusato fino alla definitiva condanna.

3.° La *parità* assoluta di diritti e di poteri fra l' accusatore e l' accusato.

4.° La *passività* del giudice nel raccoglimento delle prove sì a carico come a discarico.

5.° La *continuità* di contesto.

6.° *Sintesi* in tutto il procedimento.

§. 844.

Questo sistema presenta in massimo grado le guarentigie della libertà civile agli accusati: ma lascia in grave pericolo la tutela del diritto dei consociati, e non è possibile che in un popolo eminentemente educato alle virtù cittadine. Per questa cagione della impossibilità di consegnare la difesa dei consociati al puro metodo del processo accusatorio nacque nella civiltà moderna l'idea del processo *misto*, del quale dirò fra poco. La idea in sostanza fu quella di ripristinare il processo accusatorio in tutto quello che era compatibile coi reggimenti politici odierni, e con gli odierni costumi. La idea sarebbe stata buona e felice se si fosse lealmente attuata. Ma la sua attuazione cadeva naturalmente in mano di uomini per abitudine schiavi alle vecchie paure ed alle tradizioni del processo inquisitorio. Da ciò nacque che le guarentigie del processo accusatorio inutilmente si cercarono nelle prime istituzioni del così detto processo misto. La epurazione di queste nuove forme ibride e pericolose è il compito che spetta alla generazione presente. L' obiettivo costante di questa epurazione deve essere quello di riavvici-

Digitized by Google

nare quanto meglio si può il processo *misto* al genuino processo *accusatorio*. A quell' opera interessante sonosi consacrati i migliori ingegni dei giuristi liberali Belgi, Italiani e Alemanni. Del resto non è a credersi che il processo accusatorio elimini affatto ogni precedente *inquisizione*. Quando l' accusatore conosce il suo offensore, e comparisce direttamente a tradurlo in giustizia, non avrà bisogno di ricerche o inquisizioni per discuoprirlo e produrre la prova a di lui carico. Ma quando l' autore di un delitto è occulto, naturalmente chi vuole istituire l' accusa non può presentarsi con le mani vuote. A questo fine egli ha bisogno di fare una inquisizione per raccogliere i nomi delle persone informate per farne appoggio alla accusa. A tal fine l' accusatore romano otteneva dal Pretore una *lex* od autorizzazione per interpellare a sua posta ogni cittadino e fare le necessarie investigazioni. Di questa guisa e per siffatto fine percorse Cicerone la Sicilia per raccogliere le prove delle concussioni di Verre che intendeva accusare ed accusò poi vittoriosamente. Ma tale inquisizione che precedeva l' accusa era un atto puramente *privato*, che fatto a solo comodo dello accusatore nulla influiva sulle sorti del futuro giudizio. Questa inquisizione apparteneva dunque soltanto allo stadio *preparatorio* del giudizio criminale, e nessuna parte aveva nella *iniziazione* e nella *esecuzione* del medesimo. Al contrario nel metodo inquisitorio (come andiamo a vedere) la inquisizione scritta appartiene allo stadio esecutivo del giudizio, poichè è su quella che si giudica definitivamente.

Digitized by Google

CAPITOLO VII.

Caratteri del processo inquisitorio.

§. 845.

Il metodo *inquisitorio* tragge il suo nome dai *quaesitores* dei romani; che furono in origine cittadini incaricati eccezionalmente dal senato di investigare *certi* speciali delitti. Ma le prime basi del processo inquisitorio come forma *ordinaria* le gettò Diocleziano; e venuto poi a prevalere sotto gli imperatori di Oriente, ebbe nel secolo XII il suo definitivo ordinamento (1) a sistema da Bonifazio VIII. In Francia fu inaugurato questo metodo da Luigi XII nel 1439; e sviluppato da Francesco I con la ordinanza di Villers Cotteret del 1539, ebbe conferma dalla ordinanza del 1670 di Luigi XIV. In Germania il metodo inquisitorio fu introdotto nelle procedure penali mercè la costituzione criminale Carolina. E sebbene (come osservarono Mittermaier, Biener, ed altri) la Carolina mantenesse qual procedura ordinaria la forma accusatoria, e solo come modo sussidiario istituisse la inquisizione, pure a poco a poco la inerzia dei privati nell' accusare, e la solerzia dei magistrati nello inquisire, fecero andare in completa dissuetudine il metodo accusatorio. Onde, e per ossequio al giure canonico, e ad imitazione di ciò che per legge positiva in Francia, e per consuetudine prevalea nell' impero, parecchie genti vennero sostituendo all' accusa il sistema inquisitorio, che durò per lungo tempo

Digitized by Google

quasi universale in Europa. Esso è il metodo che più specialmente si addice ai reggimenti dispotici.

(1) Vedasi Bécot *de l' organisation de la justice répressive, pag.* 237 *et suiv. Paris* 1860. Non vedo accertabile per sicuri documenti che il processo inquisitorio scomparisse completamente da tutta Europa nel periodo che precedette il secolo decimoterzo, o ne rimanessero qua e là alcune traccie, specialmente per delitti minori. Neppure può accertarsi il preciso momento in cui esso acquistò dominazione universale nelle singole Provincie d' Italia; nè dove ciò avvenisse per legge e dove per consuetudini. Trovo che nel 1288 già in Bologna era costituito un Potestà il quale inquisitoriamente procedeva per qualsivoglia delitto, e torturava ed infliggeva le pene anche con arbitrio di vita. A chiarire questo punto nebuloso occorrerebbero occhi e tempo per frugare negli archivi. Ma io mi permetto di dubitare che la forma inquisitoria non cessasse mai interamente e si mantenesse per le accuse contro la bassa plebe ed i più triviali reati, e la forma solenne delle Assise fosse serbata alle accuse contro i magnati ed ai processi di maggiore importanza. Non trovo nessun documento storico il quale mi assicuri che un villano accusato di furto si ammettesse di fatto nelle provincie d' Italia a purgarsi da un' accusa di furto mediante campione e duello. Ho cercato d' illuminarmi su ciò anche parlandone con amici e colleghi eruditissimi, ma senza frutto. Anche sulle prime origini dei Procuratori del fisco e sulle loro attribuzioni di inquisitori non sembrano d' accordo gli eruditi. Leggo nella *Giurisprudenza di Catania* (anno 4, n. 1) le seguenti parole — *L' ufficio del Pubblico Ministero, che con altro nome chiamossi Avvocato fiscale, non fu da principio se non una istituzione* inquisitoria, *introdotta dallo Imperatore Massimo nel quarto secolo dell' era volgare avendo nominato Avvocato fiscale un certo Patrizio per inquisire contro alcuni Vescovi.* Sulpitii

Digitized by Google

Severi *histor. eccles.* 1. 2 — Christiani Thommasii *dissert. de origine processus inquisitorii* — Boehmero *jus ecclesiasticum lib.* 5, *tit.* 1, §. 80 *et seq.* Ma io credo che queste perplessità e queste divergenze non si possano dilucidare e conciliare con la sola scorta dei *nomi*. I nomi sono parole vane, e negli ordinamenti degli Stati si verifica pur troppo la cinica sentenza di Talleyrand che Dio abbia dato all' uomo la parola per nascondere il vero. In senso assoluto cotesta proposizione è una bestemmia, ed io non l' accetto. Ma Talleyrand guardava agli ordinamenti politici, ed in questo punto di vista la sua sentenza è spesso una tristissima verità. Dei nomi abusarono spesso i governanti per mistificare il popolo presentando loro una istituzione odiosa sotto il colore di seducente parola. E il popolo illuso accettò; nè riconobbe lo inganno se non quando l' oppressione dei *fatti* fece a lui sentire la realtà che sotto quella parola si nascondeva. Lo studioso non deve definire gli uffici della pubblica potestà con cieco ossequio ai *nomi* che artificiosamente si sono dati a quello ufficio. Deve esaminarne le *attribuzioni* e le *potestà*, e secondo questo criterio distinguere ufficio da ufficio. Il popolo Romano non voleva l' odioso nome di *Re* ed accettò quello di *Imperatore:* ma gli *Imperatori* furono più tiranni dei *Re:* ma se il volgo si trascina con una parola non deve il filosofo cadere in questo tranello. Le parole inquisitore, procuratore del fisco, procuratore del Re, avvocato fiscale, auditore regio, e simili, servirono spesso di pretesto onde simulare un mutamento di istituzioni in faccia al popolo che delle vecchie istituzioni era stanco. Così avvenne dei birri; così del bargello, e di cento altre simili cose. Ma tutti quei nomi alternati e cambiati con perpetua vicenda rappresentarono essi la sostituzione di una forma di processo distinta da altra forma? Tutti quei nomi furono essi la designazione dello ufficio che la scienza moderna avrebbe ideato sotto il nome di *Pubblico Ministero?* Sarebbe vanità il pensarlo. Lo ideale dello ufficio del *Pubblico Ministero* quale lo ha immaginato la scien-

Digitized by Google

za moderna; quale lo desidera il progresso civile; quale lo vuole la civile libertà dei consociati; si costituisce, per mio modo di vedere, di *un solo criterio:* criterio radicale e pronunciatissimo. L' ufficiale che vuol dirsi *Ministero Pubblico* e rappresentante della *legge* non deve avere altra attribuzione tranne quella di *accusare.* Se egli si mescola della *inquisizione,* se egli ha potestà di fare processi o dirigerli od in qualunque modo influenzare i processi scritti che poi varranno più o meno a far prova contro lo accusato, egli non sarà che un *inquisitore.* Dategli quel nome che più vi piace per illudere il volgo, ma il giurista riconoscerà sempre in lui la figura dello *inquisitore.* E quando egli sarà incatenato al potere esecutivo sarà menzognera parola il dirlo *rappresentante della legge*: egli sarà un inquisitore *rappresentante il governo,* e sopra la *volontà della legge* porrà sempre la *volontà del governo.*

§. 846.

Esso presuppone *pubblici ufficiali* che sotto il nome di procuratori del fisco, od altra analoga denominazione, abbiano lo speciale potere ed incarico della ricerca e persecuzione dei delitti.

§. 847.

La inquisizione dicesi *generale* finchè cerca il *materiale* e chi sia il *probabile autore* del delitto. Dicesi *speciale* quando concentrasi contro un *determinato* individuo, avverso il quale prima si *prepara* e poi si *trasmette* la inquisizione.

Digitized by Google

§. 848.

I caratteri del processo *inquisitorio* sono:

1.° Concorso di segreti *denunciatori,* (1) che informino il magistrato inquirente dei delitti e delinquenti da loro scoperti.

2.° *Direzione delle prove* in piena balìa del giudice.

3.° Istruzione *scritta* dal principio fino al termine: e così anche *difesa* scritta.

4.° Procedimento costantemente *segreto,* non solo in rapporto ai cittadini, ma anche rapporto al giudicabile stesso, alla cui presenza niente si fa, tranne eccezionalmente la *confrontatio:* ed a cui non si comunica il processo finchè non è compiuto, ed in stato di trasmissione.

5.° *Carcerazione preventiva* del giudicabile, e sua assoluta *segregazione* da ogni contatto con altri, fino al momento della difesa.

6.° *Interruzione* di atti: e così emanazione di sentenza a tutto agio del giudice.

7.° Ordine *analitico* fino alla trasmissione della inquisizione speciale.

(1) Disputò Manzi *(decisiones Palatinae cent. 7, Augustae* 1659, *decis.* 61) sulle differenze che distinguono il denunciatore dallo accusatore.

§. 849.

Questo metodo di giudizio non presenta altra sostanziale guarentia, tranne la coscienza e religione dei magistrati (1).

Digitized by Google

(1) Per comprendere a quali eccessi si fosse condotta in certi paesi (e specialmente in Francia) la pratica del processo inquisitorio bisogna aver pazienza di leggere i libri di quei tempi; i quali non è vero che siano oggi *inutili*. Essi sono utilissimi come ricordo storico a dimostrare quali sono i sistemi ai quali ci vorrebbero ricondurre certi contemporanei che osteggiano con ogni modo la oralità del processo criminale; e che insidiosamente suggeriscono e propugnano ordinamenti che non hanno altro fine se non che di ridurre il giudizio orale ad una forma raramente proficua alla innocenza; e a dare su quello una prevalenza soffocante al processo scritto, e a mantenere questo nelle più temibili condizioni di inquisitorio, opponendosi a quelle misture di *oralità* che sarebbero anche nel processo scritto possibili e desiderabili. Udiamo cosa scriveva Bouvet nel libro che pubblicava a Parigi il 1659 col titolo *les manières admirables pour découvrir toutes sortes de crimes, chap.* 13 — *Lorsque le juge est saisi de quelque méchant garnement, qui a commis plusieurs crimes, et que les témoins ne déposent pas positivement, cependant il est certain qu' il est très-coupable; or pour avoir moyen de lui faire découvrir ses crimes, il faudra que le juge instruise quelque personne, qui lui soit confidente, et qui lui fasse mettre les fers aux pieds et aux mains, et l' introduire dans le même cachot où sera le criminel, et qu' environ la minuit il fasse des soupirs, feignant des pleurs, et par ses clameurs et ses plaintes, il témoigne d' être fort malhereux. Cela obligera le criminel de lui demander d' où procède une si soudaine désolation, alors il lui fera faire serment de ne rien dire de son secret. Il expliquera en détail plusieurs crimes qu' il dira avoir commis; entre lesquels il en fera couler de semblables à ceux dont l' accusé est soupçonné, afin de lui donner de l' emulation; en sort qu' il soit obligé de lui confier le même secret, et pour colorer davantage son artifice, il fera de nouveau jurer le véritable criminel de ne point jamais en parler à per-*

Digitized by Google

sonne au monde. L' innocent découvrira adroitement les lieux, les temps que le criminel a commis les crimes, afin que le lendemain qu' il sortira du cachot il puisse faire une ample déposition, laquelle il soutiendra par confrontation à l' accuse. Il rimanente di questo catechismo infernale è tutto dello stesso colore. A queste arti infami erasi condotta la pratica del processo inquisitorio. E dire che vi sono uomini i quali in pieno secolo decimonono vagheggiano quei metodi come cose santissime. E questi uomini si vantano di avere una religione

CAPITOLO VIII.

Caratteri del processo misto.

§. 850.

La forma *mista*, della quale si ha qualche traccia nella transizione romana dalla repubblica all'impero, è la più adatta a quelle nazioni ove il popolo gode di una moderata libertà politica. Perciò è sorta a grande favore nella civiltà moderna; e va poco a poco introducendosi appo tutte le culte nazioni. Anche la Prussia la ha adottata con la legge del 17 luglio 1846: e da indi in poi venne sempre più a dilatarsi in Germania (1). In Toscana, dopo alcuni parziali esperimenti, già si era istituita col motu-proprio del 30 agosto 1838.

(1) Cotesto progresso è principalmente dovuto agli energici sforzi del Mittermaier che non cessò mai di propugnare le libere istituzioni nella procedura penale con molte sue pregevoli monografie, e nel 1845 col suo aureo libro in-

Digitized by Google

titolato *il processo orale*. I congressi scientifici germanici riuniti a Francofort nel 1846, e poscia a Lubecca nel 1847, prepararono sulle dotte relazioni di Welcker, Michelsen, Wilela, ed altri, il terreno a quelle riforme liberali che vennero rapidamente allargandosi dopo i moti politici del 1848. Ma non credasi che il processo misto sia neppur questo una invenzione nostra e del nostro secolo. Esso era già in uso sino dai primordi del secolo passato in alcune provincie della Germania. Così infatti il 9 maggio 1732 scriveva Isaia Pufendorff (*Introductio in processum criminalem Luneburgicum, cap.* 2, §. 8) — ivi — *in Bremensibus et propinquis Westphalicis regionibus mixtum quoddam processus criminalis genus servatur. Primum enim ex officio generaliter inquirit Magistratus, investigando veritatem facti sive corpus delicti, reum indagando et carceri tradendo, eumque super delicto eiusque circumstantiis, sociis, et quae reliqua sunt, summariter examinando. Qua peracta inquisitione generali, Fisci advocatus ad accusandum exercitetur, qui libelli loco articulos quosdam exhibet, ut judex reum super eis examinet. Responsio ad articulos istos rei litis contestationis loco habetur, quo negante delictum advocatus Fisci accusator articulos probatorios simul cum denominationem testium exhibit, vel ad priores articulos negatos ab inquisito in examine testes examinari petit, admissis quoque a parte rei ejusque defensoris interrogatoriis et articulis reprobatoriis. Postremum utrinque deductiones fiunt probatoriae et reprobatoriae atque ad sententiam concluditur. Qui procedendi modus nuper quoque apud nos servatus est.* Carmignani, che non mostrò simpatie per il processo misto, ne fa risalire la origine allo Impero Romano, e lo considera come una istituzione piuttosto politica che giuridica: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale lib.* 4, *cap.* 16, *pag.* 281.

Digitized by Google

§. 851.

Il giudizio penale *misto* sta fra il processo accusatorio puro, e l' inquisitorio, come la monarchia costituzionale sta fra la repubblica, e il governo dispotico (1).

(1) Fra le diversissime forme con le quali questo processo si è attuato nel presente secolo dalle diverse genti di Europa io considero come la più liberale e la più razionale (e conseguentemente la migliore) quella che gli ha dato il codice di procedura Austriaco del 23 maggio 1873. E fu per questa opinione che di quel codice io procurai nel 1874 la pubblicazione italiana coi tipi Cammelli di Firenze, permettendomi di aggiungervi alcune note. Ecco cosa scriveva di questo codice nel 1875 il sapiente professore Geyer ad elogio del suo antico collega professor Glaser, oggi ministro dello Impero Austro-Ungarico —. *Pendant deux lustres, l' oeuvre législative s' est trainée à travers les délibérations des commissions ministérielles ou parlementaires, a subi dans les bureaux les vicissitudes de tous les changements de ministères, tantôt avançant, tantôt reculant, jusqu' à ce qu' enfin le même criminaliste qui, lors des premières délibérations en commission, etait demeuré en minorité sur plusieurs des plus graves questions de principe, a eu la bonne fortune de contresigner, comme ministre de la justice, la loi de promulgation d' un code, dont les dispositions essentielles concordent avec les principes primitivement défendus et développés par lui. La part prépondérante que le ministre actuel de la justice (M.* Glaser) *a prise à la confection du nouveau code, est de nature à disposer d' avance en faveur de celui-ci. Car c' est surtout par ses écrits sur la procedure criminelle que* Glaser *s' est fait un nom. Mais les particularités du*

Digitized by Google

nouveau code autrichien consistent surtout en ce qu' une grande partie des opinions exprimées d' abord par Glaser *sous une forme théorique, ont été traduites dans la pratique de manière à mantenir, autant que possible, en presence de la situation historique de la monarchie autrichienne, en presence de la varieté de peuples et de langues, la continuité de son developpement.* Per la motivazione di questo codice di procedura è interessante a vedersi il diligente lavoro di Glaser pubblicato nel 1865 col titolo — *Motivi generali del progetto di un regolamento di procedura penale,* e riprodotto nella raccolta dei suoi *Opuscoli, Vienna* 1868, *vol.* 2, *op.* 21, *pag.* 86.

§. 852.

È impossibile definire *tassativamente* li speciali caratteri che può avere il giudizio *misto;* appunto perchè è nella natura di ogni essere *misto* la perpetua variabilità, derivante dalla maggiore o minor prevalenza dell' uno sull' altro elemento di cui si fa la mistura.

§. 853.

Il concetto generale del processo *misto* non è la *compenetrazione* dei due processi, per guisa che ne sorga un *terzo* metodo tutto speciale: non è la *mixtio* in senso proprio; è piuttosto la *riunione* e l' alternamento di ambedue le vecchie forme. Non è il metallo corinzio risultato dalla fusione di molti metalli: è un mobile del quale una parte è di rame e una parte di argento; in cui possono le parti erose prevalere sulle argentine, e viceversa a piacimento dell' artefice. La parte di rame si rappresenta qui dal processo inquisitorio: la parte di argento dallo

Digitized by Google

accusatorio. Il pregio della istituzione aumenterà quanto più predomina lo elemento di maggior valore, che è quanto dire quanto più il processo inquisitorio troverà confinata la sua efficacia nello stadio *preparatorio* del giudizio criminale, ed anche in questo potrà cedere il luogo a forme accusatorie; e quanto meno avrà influenza nello stadio *esecutivo* del medesimo.

§. 854.

La mistura del moderno giudizio penale sta nel fare *due processi distinti:* l' uno dei quali nella prima formazione di questo nuovo processo fu tutto inquisitorio, l'altro ha certi caratteri dell'accusatorio. Laonde in questo sistema bisogna distinguere i due periodi che lo compongono.

§. 855.

Il processo misto presuppone un ufficiale specialmente investito dei poteri di deferire i delitti alla cognizione della giustizia, e *sostenerne* la persecuzione. Ma questo ufficiale non è (almeno nel concetto scientifico della sua istituzione) un irenarca (1) nè un avvocato fiscale, che solo cerca ciò che nuoce allo inquisito. È un *pubblico ministero* che rappresenta la legge; e che perciò deve assumerne la imparzialità; ed esser sempre *indifferente dei risultati* delle sue ricerche, purchè tali risultamenti appariscano conformi alla verità esteriore. Tale almeno è il nobile concetto di cotesto ufficio in teoria, quantunque in pratica le invasioni e le paure delle autorità politiche lo abbiano interamente fatto degenerare appo molte nazioni di Europa.

Digitized by Google

(1) Sui caratteri e funzioni dello antico *irenarca* dissertò Schwarz *exercitationes academicae, exercitat.* 6, *pag.* 234, *Noribergae* 1783.

§. 856.

Nel primo periodo il processo misto è *inquisitorio.*

Istruzione *scritta.*

Assoluto *segreto.*

Preventiva *carcerazione* e segregazione dell' imputato.

Direzione dell' investigamento nell' arbitrio di un giudice, che dicesi giudice istruttore, con maggiore o minore subordinazione alle richieste del pubblico ministero.

Intervallo arbitrario fra atti ed atti.

Procedimento sempre *analitico.*

Decisione segreta, o senza difesa (1) o con sola difesa scritta, sullo invio dell' imputato a giudizio, o sulla sua provvisoria scarcerazione.

(1) Si agita da qualche tempo con crescente calore tra i filosofi più amici del progresso e della libertà civile la idea che nel processo misto debba accordarsi allo inquisito un difensore anche nel primo periodo. Il principio su cui poggia cotesto disegno è sacro: gravi sono i pericoli che minacciano la innocenza anche in quel primo stadio: la carcerazione preventiva e la segregazione sono un male talvolta più sentito che non la pena nella quale finalmente s' incorre; e la incertezza e il pensiero di essere alla balìa di un giudice istruttore senza protezione ne accresce le angoscie. Io ebbi un accusato il quale per il tedio della lunga segreta ed il sospetto di una persecuzione nemica, tentò il suicidio, e poi fu chiarito innocente. Sarebbe dunque desiderabile che dal primo

Digitized by Google

momento in cui per segrete denunzie e spesso per falsi sospetti piomba la inquisizione sopra un cittadino, potesse egli e la famiglia sua porre in moto lo zelo di un patrono che facesse argine alle preoccupazioni, e spesso alle ostinazioni di un giudice istruttore eccessivamente zelante e tenace, e crudele talvolta per abitudine o per infelice natura. Ma a questa santa idea fa grande ostacolo lo interesse di tutelare il diritto: perchè temesi che lo zelo imprudente, o il calore partigiano del patrono penetrando nel segreto della inquisizione ne disturbi i movimenti, distrugga le prove, o le attraversi per guisa da rendere impossibile il discuoprimento del vero. A tutto si credette provvedere sottoponendo la inquisizione alla vigilanza del pubblico Ministero; e ciò potrebbe bastare se la imparzialità e la diffidenza delle preoccupazioni dello inquisitore fossero sempre la divisa dell' ufficiale che ne sostiene le parti. Siffatta idea per altro che può ragionevolmente nodrirsi finchè nel pubblico Ministero si vede un *magistrato*, diviene repugnante quando cotesto magistrato si voglia convertire in un organo del *potere esecutivo*. Un tentativo di provvedere alla difesa dei rei durante il procedimento scritto fu fatto dal codice di Carlo Emanuele III nel 1770, ricordato da Dessalles *détention préventive pag.* 53, 57, *Paris* 1863. Più recentemente si occuparono i dotti nei loro congressi di questo importante argomento, come è a vedersi negli *Annales de l'Association Internationale pour le progrès des sciences sociales, troisième session, Congrès d'Amsterdam, pag.* 165 *et suiv.* Vedi anche Morin *Journal du droit criminel, n.* 8252. Ma è su questo punto dove di anno in anno si vanno sempre più elaborando gli studi dei progressisti. L' obiettivo di questi studi si riassume nella formula *ridurre* quanto più si può alla forma accusatoria anche il primo periodo del processo misto moderno. Quando tale obiettivo siasi raggiunto non sarà più vera la proposizione che era certa dieci anni addietro, cioè che il processo misto sia nel suo primo periodo puramente inquisitorio.

Digitized by Google

§. 857.

Compiuto questo primo periodo col decreto d' invio, il processo misto passa al secondo stadio, nel quale assume i caratteri del processo *accusatorio*.

Da quel momento nasce la *pubblicità*.

Si emette dal pubblico ministero un libello con cui si *contesta l' accusa* contro il reo; che dall' essere *inquisito* passa così alla condizione di *accusato*.

Cessa l' *analisi*, e comincia la *sintesi*.

Si intima un giudizio solenne, che dovrà farsi al cospetto del *pubblico*.

Si dà libera *comunicazione* al giudicabile, e al difensore, che impreteribilmente deve assisterlo, di tutti gli atti della inquisizione.

Gli si dà *notizia dei testimoni* dei quali si varrà l' accusa nel nuovo processo.

Il processo intero si ripete *oralmente* alla udienza pubblica; e gli atti del processo scritto non sono valutabili se non si riproducono nel processo orale (1).

Sempre alla udienza pubblica, in presenza del popolo, dell' accusato e suo difensore, l' accusatore deve riprodurre e sostenere l' accusa; l' accusato le sue discolpe; i testimoni e periti le loro affermazioni; e il difensore esporre le sue ragioni.

In pubblico si deve leggere la *sentenza*.

Tutto deve eseguirsi senza *interruzione*, cioè senza deviazione ad altri atti.

(1) Weiske (§. 183 e 184) ha censurata la denominazione di processo *scritto* e processo *orale*. Ogni processo, egli dice, è sempre *orale* perchè si fa sempre *a voce;* è

Digitized by Google

sempre una contestazione verbale fra il giudice e l' accusato, giudice e testimoni.

§. 858.

Il processo misto ha due grandi vantaggi:

1.° La *pubblicità* del processo orale, che per principio fondamentale di questo metodo *deve essere* il solo efficace. Se si ammette che un solo momento il processo scritto, in ciò che attiene alla prova morale, si riproduca con piena efficacia nel pubblico dibattimento, il sistema della oralità dei giudizi è demolito in radice. E questa pubblicità (che è guarentigia somma all' accusato) giova al fine *politico* del giudizio, raffermando nel popolo la *fede* nella giustizia, e così rendendo più *simpatica* la pena. E giova alla *giustizia,* difficultando la intrusione del falso sotto sembianza di vero. Laonde, checchè ne dicano i suoi detrattori, la *pubblicità* del giudizio penale non deve essere neppure argomento di seria questione presso un popolo civile; potendo agevolmente con opportuni provvedimenti ovviarsi ai pericoli che le si rinfacciano.

2.° Evita la *sorpresa* (o almeno *deve* evitarla se è bene ordinato) la quale, come avvertì fin dai suoi tempi Quintiliano, è la maggiore nemica della verità (1).

(1) Non vi è forma di giudizio che possa guarentire la innocenza da un errore giudiciario; non vi è metodo di prova che tranquillizzi in faccia a tale pericolo. Si contano vittime del sistema delle prove legali in tanti nomi notissimi che è inutile ricordare: si contano altrettante vittime del sistema

Digitized by Google

della certezza dell'uomo. Anche recentemente Pio Santumone fu condannato a 20 anni di galera dalla Corte di Assise di Modena con verdetto del 25 ottobre 1864, e la sua innocenza ebbe riconoscimento per virtù del Decreto della Corte di Cassazione di Torino del 28 luglio 1866. Vedasi il *n.* 103 del Giornale *la Legge* del 1866. De Filippi in Francia fu condannato innocente *per indizio.* Rosaria Dolce per la propria, ripetuta, e perseverante *confessione,* accompagnata da tutte le circostanze della sua legittimità, come già lo era stato Pin e tanti altri sotto il vecchio sistema. Renosi (18 novembre 1861) e Lesurques furono condannati innocenti sulle positive deposizioni di *testimoni di vista.* Non è completamente esatto ciò che osservava un onorevole membro dell'Accademia di Tolosa nella seduta del 3 giugno 1863, che gli errori giudiciarii derivino dallo scaduto sentimento religioso nei testimoni: la storia di tali errori dimostra esserne stato causa le equivocate recognizioni emesse a buona fede da testimoni onestissimi. Neppure la rigorosa prova legale, nè la probità dei fidefacienti, nè la osservanza dei più rigorosi precetti di critica giudiciaria possono rendere inaccessibile alla giustizia lo errore di fatto. Questa tremenda necessità condusse a studiare i mezzi della riparazione. Si occuparono di ciò Van Leeuvven *de damno reo absoluto illato, cum privatim tum publice resarciendo, Trajecti ad Rhenum* 1843, e gli autori citati nel *Recueil de l'Académie de Toulouse du* 1865, *vol.* 14, *pag.* 89, in nota: sul che rettamente osservò Bonneville *(améliorations tom.* 2, *pag.* 541, *et suiv.)* che tale ricerca doveva istituirsi tanto rispetto allo innocente *condannato* quanto rispetto allo innocente *incolpato;* e tanto per le condanne *criminali* quanto per le condanne *correzionali.* La ricerca non si limitò al mero punto di vista pratico sul *modo* d'indennizzare, ma rimontò al principio radicale, disputando se in ciò dovesse ravvisarsi un vero diritto dell'innocente, e un respettivo *dovere giuridico* nella società verso lui: sostenne l'affermativa recentemente Dessalles *(deuxième partie pag.* 72) ma, prendendo le mosse

Digitized by Google

dai principii di Mably, assise la sua dimostrazione sopra un terreno fallace. Il suo scritto fu confutato da Caze (3, giugno 1863, *Recueil des Annales de l' Académie de Toulouse vol.* 12, *pag.* 199) il quale dubitò se potesse trovarsi un *obbligo giuridico* dove non era *colpa* (e questo è il vero punto del dubbio) ed osservò ancora lo scandalo politico derivante da un decreto giudiciario d' indennità, e la impossibilità di affermare la innocenza; sulle quali due osservazioni mi permetterei di non concordare con lo illustre giureconsulto Tolosano. Ma prima di disputare sui modi e confini di tali riparazioni bisognerebbe renderle possibili con abolire le pene irreparabili. Vedasi la nota a §. 651.

§. 859.

Il processo *misto* però, come è condizione generale di tutti gli enti misti, può variare quasi direi all' infinito, secondochè una delle sue forme si atteggia o all' ordine inquisitorio, o all' accusatorio. In tutti i paesi ove cotesto processo *misto* è in vigore, esistono delle particolarità tali, che confrontandolo nei diversi paesi si troverebbero a stento due sistemi uniformi (1).

(1) Francia, Piemonte, e Toscana hanno processo *misto:* ma qual divario tra sistema e sistema! Sono infinite le varietà di questa procedura mista nelle provincie di Europa. Una forma specialissima e diversa forse da tutte le altre, io ne vidi per lungo tempo in azione nel già Ducato Lucchese e la descrissi nel mio discorso *sulla cessata procedura Lucchese,* pubblicato nei miei *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 12.

Digitized by Google

§. 860.

Svolgiamo adesso le sette *condizioni essenziali* del giudizio penale.

CAPITOLO IX.

Dell' accusatore.

§. 861.

La persona dell' *accusatore* nel processo *accusatorio puro* esige speciali provvedimenti: perchè in tale sistema facendosi balia a chiunque del popolo di accusare altri di un delitto; questo potere riuscirebbe fecondo di disturbi e di abusi, se con opportune cautele non si frenassero le passioni malvagie che volessero profittarne. Da questo movente ebbero origine i limiti apposti nella prisca Roma alla facoltà di accusare. Inghilterra offre analoghi esempi. Nell' ordine *naturale* delle cose l' accusatore dovrebbe essere liberamente l' offeso e la sua famiglia e rappresentanti. Ma all' ordine *naturale* si sovrapposero li organamenti politici, e questi modificarono il sistema naturale in due opposti sensi, secondochè i medesimi erano o *liberali* o *tirannici*. Lo modificarono in un senso *liberale* quando il diritto di accusa competente all' offeso estesero anche ai cittadini che non vi avevano personale interesse, e a questi fu dato di esercitarlo come diritto di cittadino. Lo modificarono in un senso *tirannico* o restrittivo quando anche all' offeso interdissero che

Digitized by Google

il sacro diritto di ottenere risarcimento dei danni patiti da lui, si esercitasse per la via penale, subordinando l'azione criminale al beneplacito di certi pubblici ufficiali a tal fine appositamente creati. Da ciò nacquero i tre sistemi diversi che io denomino *naturale, liberale,* e *restrittivo;* la adozione dei quali è un criterio della libertà civile che si gode da un popolo (1).

(1) Parvemi sempre che uno dei più eloquenti criterii per giudicare il grado maggiore o minore di libertà civile lasciato ai cittadini dai rettori della nazione, sia quello che si desume dalla maggiore o minore balìa che hanno i privati nello esercizio della azione penale da promuoversi contro i colpevoli di un delitto.

La verità di questo concetto si dimostra *a priori* risalendo ai principii del diritto; e si dimostra *a posteriori* guardandola nel pratico svolgimento dei fatti.

La *libertà* individuale non è che il *diritto;* e il *diritto* non è che la *libertà.* Queste due idee, piuttostochè essere un contenuto l'una dell'altra, si compenetrano in una idea sola, la quale varia secondo il diverso aspetto, o interno od esterno, sotto il quale si contempla il diritto. Il diritto sarebbe una idealità senza vita se si riconoscesse soltanto come mera potenza condannata sempre a rimanere nei limiti della potenzialità. Perchè abbia una esistenza reale e sentita bisogna che si accompagni dalla sua estrinsecazione; ed allora è lo stesso diritto che dallo stato di potenza astratta fa passaggio ad uno stato di attualità, e diviene libertà.

Ma il diritto e la libertà non sarebbero altro che nomi vani ed inutili se non avessero come necessario contenuto la facoltà della propria difesa. Il diritto pertanto non può separarsi dalla facoltà della propria protezione, sia che questa si consideri nel rapporto fra individuo e individuo come ottenuta mercè violenza privata che legittimamente respinge

Digitized by Google

la violenza ingiusta aggressiva del diritto; sia che si consideri nel rapporto fra lo individuo e lo Stato, la protezione del quale si implora a nome del diritto aggredito.

Come dunque è illimitata nel *diritto* la potestà della propria difesa violenta contro un attacco violento ed ingiusto avverso al quale non avvi modo nè tempo per invocare la protezione dello Stato; così nella idealità primigenia di questa teoria dovrebbe essere illimitata nel *diritto* la potestà di invocare la difesa legale dello Stato, tutte le volte che siavi modo e tempo allo esercizio utile della difesa pubblica. La balìa nella autorità sociale di esercitare la tutela giuridica è un *mezzo*, e non un *fine*. La legge dell' ordine sociale esige che privilegiata e preambula alla violenta difesa privata sia la difesa dello Stato, tutte le volte che dessa è possibilmente utile: ed è perciò che alla difesa privata si dà il nome di difesa *violenta* finchè si esercita anche legittimamente per causa di necessità dallo individuo: laddove alla difesa che si esercita dallo Stato si dà il nome di difesa *legale*; non già perchè non sia ancora essa *violenta*, che tale per fermo è sempre o per violenza *morale* quando si estrinseca col mero decreto, o per violenza *fisica* nella esecuzione del decreto. Ma dicesi difesa legale perchè, a differenza della difesa privata, la quale si esercita in virtù della legge suprema ed immutabile di natura, questa si esercita per virtù della legge umana, convenzionale e mutabile nelle sue forme.

Ma se la difesa pubblica è un *mezzo* onde tutelare il diritto e non è già *fine* a sè stessa, sarebbe assurdo che al *mezzo* si sacrificasse il *fine*; sarebbe contraddittorio che la difesa pubblica del diritto individuale si sostituisse alla difesa privata come mezzo più adatto alla tutela giuridica se allo individuo che venne offeso nel suo diritto non competesse la facoltà illimitata di provocare a proprio rischio e pericolo la difesa pubblica ed implorare la protezione dello Stato.

Dunque per i principii costitutivi ed essenziali del diritto bisogna riconoscere che sotto un punto di vista meramente

Digitized by Google

astratto il diritto di muovere querela contro lo offensore e di perseguitarlo in faccia alla potestà civile finchè non se ne sia ottenuta la pena, non può subire restrizioni e confini.

Ma i bisogni dell' ordine pratico nei varii Stati condussero a deflettere dal principio generale per dipendenza delle varie costituzioni politiche, dove ampliandolo, e dove restringendolo nelle particolari istituzioni giudiciarie.

Quindi è che nella storia di tali istituzioni vi troviamo tre diversi sistemi. Il sistema *liberale:* il sistema *naturale:* il sistema *restrittivo*. Chiamo *naturale* il secondo, perchè *strettamente* si uniforma al rispetto dei diritti che la *legge di natura* attribuisce ad ogni individuo offeso per un delitto. Chiamo *liberale* il primo, perchè per effetto di certe libere istituzioni attribuisce ai cittadini nei processi penali diritti *più larghi* di quelli che la legge di natura attribuirebbe agli individui come individui. Chiamo *restrittivo* il terzo, perchè arbitrariamente spoglia l' offeso delle facoltà che per la natura del diritto dovrebbero competergli.

Mi sarà facilissimo mettere in luce le differenziali che intercedono fra questi tre sistemi e l' effetto delle medesime, perchè sono sensibili e tali da comprendersi da ognuno appena accennati.

1.° La legge suprema attribuendo il diritto attribuisce eziandio come necessario contenuto del medesimo la potestà di tutelarlo; e così la balìa di perseguitare giudicialmente chi violò il diritto è una emanazione di quella legge suprema. La legge sociale crea le forme ed agevola i modi di quella persecuzione e ne rende più sicuri i risultamenti: ma non crea il diritto, che ha una genesi *precedente* alla società civile; ed anzi è l' unica ragione di essere del cambiamento della associazione naturale in società civile, perchè la costituzione della autorità nello Stato è un mezzo necessario alla tutela giuridica.

Ma se per la legge naturale ogni individuo ha la facoltà di perseguitare le offese *a lui fatte* onde ristabilire la signoria del suo diritto violato, non potrebbe però affermarsi che per

Digitized by Google

quella legge un individuo *non offeso* (nè *direttamente* nè *indirettamente*) da un delitto commesso a danno di altro individuo potesse pretendere di farsene egli (non offeso nè *direttamente* nè *indirettamente*) il vendicatore.

Questa potestà di perseguitare i delitti commessi non contro di noi ma contro i terzi, non può emergere che da una legge sociale; nè questa lo concede allo individuo *come individuo;* ma lo concede allo *individuo* come *cittadino*. La consociazione costituendo l' autorità trasferì in questa il diritto e il dovere della tutela giuridica di tutti. Può piacere alla autorità di concedere a certo numero di *cittadini* la balìa di accusare anche per reati che personalmente non li offesero esercitando per mandato della società l' azione pubblica diretta alla punizione.

Ma in questo caso l' azione sarà sempre *pubblica* e non *privata*. Ma in questo caso lo individuo la eserciterà come *cittadino* e non come *individuo*.

Ma in questo caso il *fine* dell' azione esercitata sarà sempre la tutela universale e non la tutela del diritto dello accusatore.

E finalmente in questo caso la balìa che gode il privato non si dirà emanata direttamente dalla legge di natura, ma concessa dalla speciale costituzione politica di quello Stato.

Questo primo sistema videsi prevalere per molti anni nella prisca Repubblica Romana, e potè bastare ai bisogni di quei tempi e costumi primitivi. Ma poscia fece trista prova di sè, e dovette abbandonarsi: e correrebbe, per mia credenza, dietro ad una vera utopìa chi nei tempi e costumi odierni volesse ripristinarlo.

Nessuno potrà negarmi che questo sia il più liberale di tutti i sistemi possibili, poichè la sovranità del popolo, riconosciuta nella sua partecipanza all' opera legislativa, viene a riconoscersi anche nell' opera giudiciaria. Ma che perciò? Io sono liberale, me ne vanto: liberale non del *dimani* ma dell' *oggi*, e di oltre mezzo secolo addietro. Ma quantunque liberale mai darò il mio voto ad un sistema per la sola cagione

Digitized by Google

che è liberale, quando io lo veggo incompatibile con l' ordine. Dirò col Ghedini nel suo famoso sonetto *sei pur tu, pur ti veggo, o gran latina,* mostrami i tuoi Fabrizzi e i tuoi Curii, ed allora ti renderò la libera accusa concessa *cuivis de populo.*

2.° Non trovo uguali difficoltà nel secondo sistema. Al medesimo si è avvicinato il nuovo codice di procedura Austriaco del 1873. Ed è anche questa una delle ragioni per le quali ho altamente elogiato quel bellissimo prodotto legislativo, e lo addito spesso agli Italiani come astro polare verso il quale devono volgere i loro studi ed il più ardente desiderio di vederlo imitato.

Questo secondo sistema distingue fra individui *non offesi* dal delitto; e individui *offesi* dal delitto che vogliono perseguitare. Esso nega recisamente ogni diritto di querela a chi non fu offeso: ma lo concede senza limiti od eccezioni a colui che fu vittima di un reato commesso a suo danno, e che anela ottenerne per le vie penali la riparazione. Il diritto di accusa a chi non fu offeso nè *direttamente* nè *indirettamente* da un delitto non può competere allo individuo *come individuo* vantandosene investito dalla legge di sua natura; ma soltanto può volerlo esercitare *come cittadino,* o in quanto egli dica, desidero di difendere la società; o in quanto egli dica, desidero di esercitare in nome della società la difesa di altri individui offesi da chi non offese me nè i miei, perchè tutto ciò mi è concesso dalla costituzione dello Stato in cui vivo.

Questa balìa lo individuo non può adunque assumerla come esercizio dei diritti *personali* concessi a lui dalla legge di natura: soltanto può assumerla come potestà a lui concessa o espressamente o tacitamente dalla autorità sociale.

Dunque sarà sempre una balìa *data dall' autorità;* e se è *data da lei* ella può senza rimprovero di tirannide ritoglierla per motivi di pubblico bene.

Non è così della balìa che lo individuo vuole assumere di perseguitare le offese che furono *a lui stesso* o diretta-

Digitized by Google

mente o indirettamente recate. Queste ferirono *il suo diritto:* il diritto che gli aveva dato la natura e non la società: e la natura glielo aveva dato col contenuto della balìa di difenderlo: e la società non può ritoglierne lo esercizio senza commettere uno ingiusto spoglio. La consociazione portò una restrizione legittima al *modo* di esercitare quella difesa quando interdisse che si esercitasse dalla *forza privata,* e prescrisse che tranne i casi di necessità si esercitasse dalla *forza pubblica,* cioè dai Magistrati preposti alla tutela giuridica: e poichè con questo limite del *modo* non si impediva la difesa del diritto individuale, ma si rendeva invece *più sicura e più energica;* non potè dirsi che con ciò si violasse il diritto, e si cadesse in tirannide.

Non fu dunque tirannica l' autorità quando disse agli individui consociati, voi non potrete perseguitare le offese *fatte ad altri;* ma dovrete tollerare che queste si perseguitino ad impulso dei singoli offesi, o dagli ufficiali da me preposti allo esercizio della tutela giuridica. Non fu tirannica, perchè non toglieva allo individuo alcun diritto che la legge primitiva avesse a lui compartito.

Non fu neppure tirannica l' autorità quando prescrisse agli individui di perseguitare le offese recate al loro diritto col modo della *difesa legale* (cioè con invocare il braccio della autorità quando ciò era possibile) anzichè col modo della difesa violenta. Non fu tirannica, perchè non angustiò la balìa di difesa che era il contenuto necessario del diritto ferito, ma invece regolandone il *modo* accrebbe forza, vigore, e sicurezza di risultamento a quel contenuto; imprestando le forze sociali allo individuo dove le sole forze individuali sarebbero state il più delle volte insufficienti al bisogno. Non si viola il diritto quando gli si dà una maggiore protezione.

Ma invece l' autorità sociale diviene tirannica quando in qualunque caso nega allo individuo la balìa di perseguitare anche nel modo *legale* le offese recate al proprio diritto. Diviene tirannica perchè spoglia il diritto primitivo del suo necessario contenuto, cioè della potestà di difesa. Quando

Digitized by Google

il modo che l'ordine sociale volle si sostituisse alla violenta *difesa privata* non è dato illimitatamente a tutti a beneplacito loro, vi è vera ed effettiva restrizione del diritto. L'autorità sociale potè dire, io non violo il tuo diritto in alcuna delle sue parti quando ti vieto di difenderlo con la tua mano, perchè ti offro sempre pronta la mia mano a difenderlo: è una difesa migliore che ti do, e non puoi lamentarti che sia violato il diritto al quale accordo una difesa ulteriore più larga e più potente. Ma perchè in tale ragionamento si trovi la verità bisogna che il modo surrogato sia *perpetuamente accessibile* allo individuo offeso. Altrimenti in tutte quelle contingenze nelle quali, ferma stante la interdizione della *violenta difesa privata*, si aggiungerà per gli ordini veglianti dello Stato la interdizione anche della *difesa legale*, è chiaro che vi sarà violazione del diritto nel suo contenuto, e così vi sarà tirannia. In tutti questi emergenti sarà ipocrita la rassicurante promessa ti tolgo la *difesa privata* perchè ti do la *difesa pubblica;* la quale ti fa meglio sicuro di quella protezione che è il contenuto ed il complemento del suo diritto. No (dirà legittimamente l'offeso in tutti questi casi) voi non siete sincera; voi mi avete ingannato: mi avete tolto la *difesa privata* e mi negate poi la *difesa pubblica;* e così lasciate il mio diritto *senza difesa*, che è quanto dire lo spogliate di ciò che costituisce la sua *vita* e la sua *attività*.

Il criterio di questa distinzione non può essere più giusto: esso riconosce e rispetta il diritto secondo il bisogno e secondo lo interesse al quale il medesimo serve.

Se io non ho interesse alcuno alla punizione di chi aveva ferito lo estraneo; se il solo estraneo poteva conseguire un bene od ottenere una riparazione dalla persona che l'offese, con quale ragione potrò io farmene paladino quando nessun vincolo di connessione congiunge alla mia persona i patimenti e i danni recati a quello?

Ma quando invece con la persecuzione penale io chiedo una riparazione dei danni patiti *da me* o nella opinione o nel patrimonio o nel corpo o nella famiglia, come potrà la

Digitized by Google

legge sociale, conculcando la legge di natura, interdirmi di ottenere quella riparazione per le vie penali che forse possono essere le uniche inservienti al bisogno mio?

L' azione civile al pagamento di un debito potrebbe essa arrestarsi ad un ordine della autorità quando il privato attore la cimenta a sue spese e pericolo? Siffatte leggi mai si videro nei codici tranne per un privilegio odioso ed eccezionale contro l' attore, o per un privilegio favorevole verso il reo convenuto. Siffatti privilegi metterebbero fuori della legge o il creditore o il debitore, e sarebbero una mentita alla formula lusinghiera che la legge è uguale per tutti. E quando talvolta sotto governi dispotici si videro siffatti decreti eccezionali dettati onde proteggere qualche favorito del Principe, e la cognizione di una lite civile si tolse ai Tribunali ordinari per conferirla ad un Collegio specialmente creato, allora (ed io ne vidi lo esempio) si gridò al dispotismo. E si gridò con buona ragione quantunque si trattasse di soli interessi civili, e fu un lamento universale di tutti gli interessati.

Ma quel freno che sarebbe abusivo ed intollerabile quando si imponesse alla azione diretta allo obiettivo patrimoniale, non è desso ugualmente arbitrario ed intollerabile quando colpisca l' azione diretta allo obiettivo di una pena; specialmente se minima?

3.° Eppure nei tempi moderni il terzo sistema, che io chiamo *restrittivo* appunto perchè ferma come regola questa posizione eccezionale e privilegiata in faccia alla azione penale, si vide in parecchi Stati adottato ed accarezzato con amorevole studio.

Ciò che il soverchio amore della libertà aveva prodotto nel primo sistema, che dava la rappresentanza sociale ad ogni cittadino per autorizzarlo a muovere accusa contro qualunque delitto sebbene innocuo per lui, si produsse più tardi in un senso opposto per soverchia idolatria del principio di autorità e per impeti di paure forse troppo esagerate. E questa fu la *prima forma* che assunse il sistema restrittivo del-

Digitized by Google

l'*azione penale privata*. La quale prima forma io accenno come storia; senza peraltro farne qui argomento di controversia.

Così in qualche Stato si prescrisse che un pubblico funzionario non potesse dallo offeso privato essere accusato di un delitto (quantunque bruttissimo) da lui commesso, senza il permesso speciale della autorità. Ed in tal guisa bandita la impunità sistematica di certi ufficiali, quella autorità che si desiderava di sostenere si condusse sovente ad essere disprezzata ed odiata. Gli ufficiali giudiciarii che la Nazione ha costituito perchè facilitino la tutela giuridica e la punizione dei colpevoli, si misero come sentinella avanzata perchè le armi di un' accusa, quantunque giustissima, non andassero a ferire i beniamini del potere. Non equivale ciò al fatto di una guarnigione che in faccia agli assalitori volge dai bastioni bombe e cannoni contro la città che dovrebbe difendere?

Che si dice egli per sostenere siffatta anomalìa? Una sola cosa si dice (pur troppo seria) ed è questa che per difendere il principio di autorità è *necessità politica* che gli organi della autorità non siano vulnerabili a capriccio di ogni privato cittadino col mezzo di accuse criminali. Si disse che questa libertà di guerra avrebbe paralizzato tutti i movimenti degli organi della autorità. È dunque un principio *politico* che si contrappone al rigoroso principio *giuridico*. Il principio giuridico avrebbe voluto che ad ogni individuo il quale si credeva offeso da un organo della autorità rimanesse libero di perseguitare la lamentata offesa. Ma il principio *politico* oppone che mantenuta questa deduzione rigorosamente giuridica si sarebbe aperta la via a gravi disordini, e ne sarebbe eventualmente potuta derivare a danno della autorità la impotenza del suo ministero. Ecco evidente la lotta fra il principio *giuridico* e il principio *politico*.

Ed io non voglio sollevare la questione in questo primo senso, nè scendere su questo ardente terreno, per non incorrere nel sospetto di nemico dell' ordine. Si abbia dunque la prevalenza il principio politico sul principio giuridico, perchè la quiete universale è più interessante del sacro ri-

Digitized by Google

spetto al diritto individuale. Si mantenga il sistema *restrittivo* in questa *prima forma:* cioè in quanto la restrizione nasce da eccezionale situazione della *persona* dello offensore, perchè nella medesima si congiunge alla persona *privata* la persona *pubblica:* e perchè la guerra apparentemente diretta contro la persona *privata* potrebbe essere guerra aggressiva della autorità *pubblica* quando di tanto si allargasse da spogliare l' autorità sociale del servigio di tutti gli ufficiali suoi. Si mantenga la prevalenza del principio politico circondandolo però di quelle cautele e di quelle guarentigie le quali rassicurino i cittadini dal pericolo che l' eccessivo zelo di un Pubblico Ministero converta gli agenti della forza in un orda di giannizzeri tracotanti per la sistematica impunità degli eccessi loro. I limiti che lo Statuto Costituzionale impone alle querele proposte contro i Deputati al Parlamento continuino (per somiglianza di ragioni) ad essere comuni a tutti gli ufficiali governativi, ed anche agli infimi se così piace. E come alla querela contro il Deputato è necessario preambulo il permesso del Parlamento, sia necessario preambulo il permesso governativo alla querela contro ogni ufficiale governativo. In faccia a grandi ragioni di alta politica io nulla dirò in contrario al sistema *restrittivo.* Soltanto non posso tralasciare di ricordare a chi porti i suoi studi sulla questione sotto questo primo punto di vista che in Francia dopo avere fatto trista prova di sè il sistema restrittivo esso cadde per le riforme del 19 settembre 1870; sulla quale riforma pubblicò eccellenti osservazioni Molinier *de l' abrogation de l' article* 75 *de la costitution du* 22 *frimaire an. VIII, Toulouse* 1871.

Ma il sistema *restrittivo* ha assunto una *seconda forma.* Esso non si è limitato negli Stati moderni ad interdire il corso della querela che vuole proporre l' offeso, soltanto nei casi dove l' offensore preso da quella a combattere congiunge in sè una personalità *pubblica.* Non è questo il solo punto di vista che presenta il sistema restrittivo in alcune procedure penali oggi veglianti. In queste il sistema restrittivo si è ve-

Digitized by Google

duto procedere in modo assoluto ed universale; e così con attitudine a cuoprire da una accusa (col *noli me tangere* frapposto da un ufficiale protettore) ogni e qualunque *privato* che nella sua qualità di privato venga preso come obiettivo di una querela da un cittadino il quale denuncia che i suoi diritti furono violati da quello, ed invoca la *difesa legale* dei diritti medesimi.

È questo il punto di vista sotto il quale io prendo ad esame il terzo sistema che chiamai *restrittivo:* sistema che ha richiamato più seriamente l' attenzione dell' Illustre Senatore Borgatti nel discorso da lui pronunziato al Senato il 20 maggio 1875, ove si trovano interessantissime osservazioni.

Qui non si tratta di tutela dell' ordine o di pericoli che minaccino il principio di autorità. È il privato che a proprio rischio e pericolo vuole sperimentare l' attività del suo diritto leso da un privato; e la processura istituita contro di questo non reca impaccio alcuno al movimento governativo nè offende menomamente il rispetto dovuto agli organi della autorità. È egli giusto che all' attività del diritto individuale si opponga un freno ed un limite quando la medesima vuole esercitarsi nella *via penale,* mentre nessun freno e nessun limite si oppone alla medesima quando vuole esercitarsi nella *via civile?*

Quando io instauro una lite contro un privato per chiedere il pagamento di un debito forse sognato, o per rivendicare un oggetto che altri pacificamente gode, non avvi autorità, non avvi braccio nè di potere esecutivo, nè di potere giudiciario che possa arrestarmi. Nessuno può frapporsi fra me ed il mio avversario, e dirmi (quando la proponga a mie spese) tu non devi accendere questa lite; tu non devi appellare dalla sentenza che ti è stata contraria; e via così discorrendo.

È egli giusto che se invece di lagnarmi dell' oggetto dato in prestito al mio avversario e da lui non restituito io mi lagno dell' oggetto rubatomi, incontri un ostacolo forse insuperabile che mi arresti in questa seconda petizione, men-

Digitized by Google

tre nessuno ostacolo mi poteva arrestare nella prima? Ecco il mio dubbio.

Eppure è così. Nessuna autorità si frappone fra me e l' avversario mio se dico di avergli prestato l' oggetto: ma se dico che l' oggetto egli me lo rubò si frappone fra me e lui il Pubblico Ministero. L' attività del mio diritto era liberamente esercitabile nel primo assunto con abilità di raggiungere tutti gli effetti relativi; non può nel secondo assunto procedere oltre per raggiungere i relativi suoi effetti senza il passaporto del Pubblico Ministero, o di qualche altra autorità che non è mai quella la quale dovrebbe definitivamente giudicare della violazione del mio diritto e della riparazione dovuta.

Quale è la genesi di questa restrizione; quali sono i *motivi* che possono farla sembrare conveniente?

Fra i motivi non è possibile mai fare entrare il rispetto al principio di autorità. Quando io querelo un villano per avere rubato i limoni nel mio giardino vorrei sapere da qual lato pericola il principio di autorità. Non sono io che con quella azione minaccio il principio di autorità: è invece l' autorità che invade e reseca il diritto privato arrestandolo nella sua azione ed interdicendogli di porre in chiaro con formali verificazioni la sincerità dei suoi lamenti e la gravità dei danni patiti.

Si dirà forse che la querela criminale troppo liberamente concessa alle passioni dei privati individui turberebbe spesso la pace delle famiglie? Questo è un discorso a sensazione che nulla conclude. La pace delle famiglie si turba ogni giorno con liti civili appassionatamente promosse e con accanimento prolungate per anni ed anni; e nessuno immaginò mai di autorizzare il Pubblico Ministero a dire all' attore *sospendi la lite che tu hai promosso* perchè io la giudico temeraria e priva di fondamento. Troppe volte io vidi nella mia lunga pratica un ricco feudatario perseguitare sistematicamente il suo vicino con liti vessatorie, questioni di confini, questioni di danni, questioni di acque, o di servitù, sem-

Digitized by Google

pre temerarie, sempre inique, ed instaurate al solo fine di stancare il disgraziato vicino, condurlo alla miseria ed alla disperazione onde costringerlo a vendere al millionario quelle poche spanne di terreno con le quali quel prepotente ambiva rotondare la sua già troppo vasta tenuta. Ma nessuno udii mai che manifestasse il desiderio dello intervento della pubblica autorità ad arrestare i moderni Burgravi in quella guerra rovinosa della povera famiglia aggredita. Una querela criminale diretta contro un innocente è per la famiglia di costui un disturbo ed un disastro minore che non lo siano certe liti civili mantenute talvolta per venti e più anni dal ricco potente che nulla cura le spese pur di raggiungere i fini suoi. Se si rispetta la libertà di azione di chi vuole recare ad altri molestia per questa via, perchè mai non deve rispettarsi la libertà di azione di chi vuole correre l'altra via?

Le pene civili contro i temerari litiganti nelle vie civili, che tutte si risolvono nella questione di denaro la quale può essere indifferente al dovizioso molestatore, avrebbero ben altra serietà e ben altra importanza contro chi proponesse una querela temeraria per la via penale. Chi si impiglia in questa per ria passione non salda la partita con i denari. A lui sta a fronte la pena dei calunniatori; pena afflittiva di corpo, la quale mette giudizio anche ai ricchi ed ai marchesi, ed ai conti; e che dal ricco si teme più che non si temano le ventimila lire di ammenda. La libertà di azione nella via penale reca dunque alle famiglie turbamento minore e più passeggiero dell'altra: contro la libertà di azione nella via penale hanno le famiglie una difesa più energica e più efficace che non contro l'altra. Questi due postulati di fatto sono irrecusabili. Perchè dunque deve quella restringersi mentre questa non si restringe? Ecco il mio dubbio.

Nè dicasi che lo ufficio del Pubblico Ministero non può mettersi a libera disposizione dei capricci privati e costringere quello ufficiale a prestare l'opera sua ad una accusa che crede ingiusta. Con tale risposta si muterebbe il terreno della questione che io propongo. Con maligno giuoco si im-

Digitized by Google

presta lo assurdo fine di pretendere la schiavitù del Pubblico Ministero a coloro che combattono soltanto per la libertà del privato. Sia libero il pubblico accusatore di negare l' opera e l' aiuto suo a sostegno di una querela che nella sua opinione egli non crede giusta. Ciò sta benissimo. E nessuno è tanto audace da pretendere di costringerlo a cotesto servigio. Sia libero egli di tenersi in disparte, rifiutarci lo appoggio suo. Ma sia libero anche il privato di fare a meno di quello appoggio; sia libero di esercitare la sua azione coi propri mezzi ed a suo esclusivo pericolo. Altro, ben altro è il concetto di costringere il Pubblico Ministero ad agire contro coscienza sua. Questo concetto è tirannico, ed ognuno lo biasima quando talvolta (con vergogna di un libero reggimento) lo si vede realizzato dal potere esecutivo, che spinge i suoi subalterni ad accuse insostenibili come un generale furioso spinge i soldati al macello. Ma altro, ben altro è il dire che il giudizio arbitrario precipitoso e prematuro del Pubblico Ministero tolga la libertà di esercizio al diritto del privato ed a lui precluda la via di ottenere che la superiore sapienza delle Magistrature del Regno rendano giustizia definitiva con piena cognizione di causa sulle offese che ei lamenta di avere patito.

E che forse i giudizi o i pregiudizi (ossia le divinazioni) dei Pubblici Ministeri hanno il dono della infallibilità? La esperienza mostra tutto il contrario. Su cento accuse che essi credettero salde ed alacremente sostennero, ve ne sarà forse trenta che faranno naufragio, e trenta assoluzioni mostreranno che trenta volte il Pubblico Ministero indovinò male quando giudicò fondata l' accusa. Ed io dico che se potesse farsi la prova in senso contrario il risultamento sarebbe identico. Io dico che su cento querele rejette dai Pubblici Ministeri o da altri ufficiali dietro un superficiale esame di incomplete notizie, ve ne sarebbe più che trenta le quali avrebbero condotto a trenta condanne, e messo in luce altre trenta errate divinazioni del Pubblico Ministero, se si fosse lasciato loro libero il corso a consolidarsi con quel corredo

Digitized by Google

di prove che il dolente poteva procacciare a sostegno dello assunto suo.

Ecco il concetto che ha prevalso nel nuovo codice Austriaco. Piena libertà alla coscienza del Pubblico Ministero di esercitare o non esercitare l' azione che a lui ha consegnato la società. Piena libertà di tenersi in disparte e rimanere spettatore inerte della lotta che va ad impegnarsi fra l' offeso e l' asserto offensore. Ma al tempo medesimo piena libertà allo offeso di esercitare il suo diritto ed ottenere quella riparazione che soltanto la pena dell' offensore gli può procacciare, purchè lo eserciti invocando la difesa legale e si avventuri ad esercitarlo con le sole sue forze private ed a tutto suo rischio e pericolo.

Nè dicasi che l' azione penale è sempre *pubblica* e che ella non può essere messa in moto senza l' organo del pubblico accusatore. Qui siamo alla solita posizione fattizia ed artificiosa delle *parole* che fanno guerra alle *idee*. La formula che l' azione penale è sempre pubblica è di creazione moderna. È una conseguenza del monopolio che si volle dare al Pubblico Ministero. Il monopolio creò quella formula: ed oggi con quella formula si vorrebbe difendere il monopolio. Circolo vizioso, che è la solita conseguenza delle errate definizioni sempre funeste alle verità sostanziali. Si risalga ai principii.

L' azione penale è *pubblica* quando la si esercita per difendere le offese recate alla intera consociazione: recate col danno *immediato* in quanto il delitto abbia aggredito l' autorità o cose attenenti ai diritti universali; o recate col danno *mediato* in quanto l' offesa inferita allo individuo abbia per riflesso costernato ed impaurito tutti i consociati, ed a questo si voglia riparare con la pena. L' azione penale in questo senso è pubblica: ed è perciò che anche i prischi Romani ai cittadini che volevano farsi accusatori di *chi non li aveva oltraggiati personalmente* imponevano che ottenesse dal Pretore la *lex*, cioè la facoltà di inquisire e di accusare. L' azione che si dirige a vendicare le offese *altrui* non può essere che pubblica, perchè non si esercita in virtù

Digitized by Google

di un *diritto individuale* o come contenuto necessario del diritto dato dalla legge suprema allo individuo, e nello interesse individuale; ma in virtù di un *diritto civico* e nello interesse della città. Di qui nacque spontaneamente in Roma il metodo dei preambuli giudizi *divinatorii* perchè trattavasi di due cittadini che si presentavano contemporaneamente a sperimentare la *identica azione penale.* E poichè due giudizi concorrenti sopra una identica azione penale sarebbero stati un mostro giuridico; e perchè i due pretendenti alla accusa erano entrambo forniti dello identico *diritto civico* che ciascuno di loro si proponeva di esercitare; così era bene una necessità che il conflitto si dirimesse mercè l' intervento di una autorità superiore, la quale dietro lo esame delle respettive circostanze indovinasse chi fra i due pretendenti avrebbe con migliore probabilità di riuscita e con minori pericoli di tergiversazione sostenuto l'accusa; ed a questo ordinasse doversi prelativamente consegnare la *lex.* Tali esempi però non hanno nulla che fare con la questione presente, perchè sempre caddero nei termini di azioni sperimentate *jure civico,* e non di azioni sperimentate *jure individuali.*

Ma i Romani non imponevano già l' obbligo di ottenere la *lex* dal Pretore (che in sostanza era il passaporto del Pubblico Ministero) ai cittadini quando intendevano perseguitare quei malvagi dai quali si credevano *personalmente offesi* e criminosamente danneggiati nei loro diritti. Non vi era bisogno di *lex* nè di preambulo giudizio divinatorio per promuovere la *actio furti;* non per promuovere la *actio injuriarum,* o la *actio ex lege Aquilia,* o la *vi bonorum raptorum,* ed altre simili: delle quali tutte era pur conseguenza *una pena;* pena nel rigoroso senso della parola; ma *pena* alla quale dove mancava nei casi concreti lo interesse universale rimaneva pur sempre un sufficiente obiettivo nello interesse particolare dell' offeso che voleva essere protetto. La genesi pertanto di questa *seconda forma* del sistema restrittivo, che a me sembra viziosa e tirannica, non può trovarsi nei principii del diritto naturale i quali insegnano

Digitized by Google

tutt' altra cosa: non può trovarsi negli esemplari classici della scienza civile. Bisogna trovarla nella tendenza invaditrice del Pubblico Ministero, che poco a poco si venne arrogando la signorìa del diritto. Che se il problema si riconduce ai cardini fondamentali del diritto punitivo, ritorna anche qui una osservazione che ho fatto ad altre occasioni, e che io stimo sarà maturata dai progressi della scienza.

I criminalisti contemporanei sono venuti con mirabile accordo a sciogliere il grave quesito sul fondamento del diritto di punire nella civile società, con la formula che quel diritto nasce in lei dal bisogno della *tutela giuridica*. Ed io fo plauso alla proclamazione di questa grande verità, e la propugno con la più profonda convinzione. Ma dico però che non basta proclamare quella formula e qui arrestarsi: bisogna ancora ripigliare ad esame tutti i problemi speciali che in molti argomenti presenta la dottrina penale: e meditare se per avventura sovra ciascuno di tali problemi possa esercitare potente influsso il cardine ormai riconosciuto come fondamento del giure punitivo.

Ed a me sembra che anche nel presente argomento sulla illegittimità di ogni interdizione che voglia farsi al privato nello esercizio della querela criminale per i delitti inferiti a suo danno, debba quel cardine pigliarsi in seria considerazione. Infatti se alla autorità sociale si concesse di monopolizzare la persecuzione dei reati per raggiungere la miglior tutela dei diritti individuali, necessaria condizione di simile facoltà deve essere quella che l' autorità sociale effettivamente la eserciti.

Laonde al modo stesso che rinasce il diritto individuale della reazione contro una invasione del proprio diritto quando a tutelare questo da un danno irreparabile sarebbe vano invocare la protezione della forza sociale (ed è questo il fondamento del moderame dell' incolpata difesa e della scriminazione desunta dallo stato di necessità), così a parità di ragione deve rimanere nella libera balìa del privato il diritto di proporre querela in faccia ai Tribunali contro i delitti patiti

Digitized by Google

quando l' autorità sociale (o i suoi rappresentanti) non vogliono assisterlo con la proposta dell' azione penale. Il diritto che nasce nel privato in un caso per la *impotenza* attuale della società a proteggerlo, deve nascere in lui nell' altro caso dalla *renuenza* della autorità sociale a proteggerlo. La identità di ragione a me pare evidente, una volta che si ravvisi la suprema ragione di essere di tutti gli ordinamenti sociali nel mantenimento della sovranità del diritto.

Concludo col dire che gli ordinamenti di procedura penale saranno tanto più lodevoli quanto più l' esercizio della azione penale per parte degli *offesi* si verrà riavvicinando al sistema *naturale;* e quanto meno conserveranno del sistema *restrittivo,* che è una tradizione del dispotismo. Aggiungerò, ad ornato dello interessante problema, che la questione è stata recentemente esaminata in Alemagna sotto la formula del *monopolio dell' accusa nel Pubblico Ministero:* ed è stata esaminata seriamente, ad occasione del nuovo Progetto di codice di procedura penale, in un articolo inserito nella *Beilage zur Allgemeinen Zeitung,* **1** *e* **2** *maggio* **1875**, *n.* **121** *e* **122**; ed eccone i principali concetti — ivi — Di importanza anco maggiore che il punto già esaminato è il così « detto monopolio dell' accusa nel Pubblico Ministero. La « questione di sapere se ed in qual forma ed estensione « un tal monopolio deve trovar luogo nella procedura tedesca è dal lato politico al più alto grado interessante. Nella « procedura in vigore fino ad oggi, qual' è venuta modellandosi in Germania sui principii francesi, il Pubblico Ministero ha sempre funzionato come pubblico accusatore. « Tuttavia anco in tal qualità la sua posizione nelle diverse « procedure finora vigenti in Germania fu, com' è ben noto, « assai differente non solo in riguardo alle funzioni sue ed « ai suoi privilegi, ma in modo più speciale riguardo alla « iniziativa del processo, a seconda che questa fu con maggiore o minore estensione affidata al Pubblico Ministero; « o l' attività del tribunale si fece nel suo principio e nel « suo indirizzo dipendere dalle richieste del Pubblico Mini-

Digitized by Google

« stero, oppure il giudice, e in special modo l' istruttore, fu « autorizzato, anco senza richiesta del Pubblico Ministero, « ad aprire l' istruzione ed a continuar poi il processo. Il « primo sistema, che è quello del così detto monopolio del- « l' accusa nel Pubblico Ministero, è la conseguenza rigorosa « della forma accusatoria; il secondo tiene piuttosto alla « antica forma inquisitoria. Contro di quello muovesi di « frequente l' obietto che i poteri accordati al Pubblico Mi- « nistero gli danno balìa di omettere la persecuzione penale « di certe azioni punibili, o di abusarne a riguardo di certe « altre, a seconda delle varie ragioni d' interesse politico. « Tanto più importante apparisce quindi la questione se il « così detto monopolio dell' accusa nel Pubblico Ministero « adottato dal Progetto di codice di procedura penale Te- « desco sia da assumersi a base di queste, ossivvero non « vi abbia ricevuto una soverchia estensione, e non sia quin- « di il caso di prevenirne gli abusi con opportune garanzie. « In questo rapporto volendo giungere a resultati esatti fa « d' uopo distinguere la parte *formale* dalla parte *materiale*.

« La prima in quanto riguarda l' apertura del procedi- « mento giudiziario secondo il Progetto di codice di proce- « dura penale Germanico trova innanzi tutto la sua espres- « sione nel principio; che l' apertura di una istruzione giu- « diziale al seguito di accusa pubblica o privata (che è da « tenersi ben distinta dalla richiesta a procedere criminal- « mente nel senso del codice penale) sia condizionata. Dal « punto di vista del principio d' accusa ciò non può dar « luogo alla menoma obiezione. Il principio suespresso è « una configurazione corretta della forma del processo ac- « cusatorio. È anco assai conveniente, perchè mercè sua si « viene ad evitare lo sconcio additato dalla esperienza sia « nel sistema del monopolio dell' accusa nel Pubblico Mini- « stero, come pure in quello per cui il giudice istruttore ha « diritto di aprire di moto proprio l' istruzione, cioè che « l'organo incaricato di promuovere e sostenere l'accusa trovi « insufficienti i materiali raccolti dal giudice istruttore e do-

Digitized by Google

« mandi che si riapra il processo. Tanto meno poi si po-
« trebbe trovare da obiettare al principio assai più va-
« sto secondo il quale è affidato al Pubblico Ministero l' in-
« carico di elevare l' accusa pubblica. Come si potrebbe fare
« altrimenti? Dal punto di vista *formale* non si potrebbe per
« certo trovar nessuna seria obiezione contro l' iniziativa che
« per questo lato è affidata al Pubblico Ministero. Ma cosa
« può esservi da dire dal punto di vista *materiale* del così
« detto monopolio dell' accusa nel Pubblico Ministero, o in
« altri termini, come si sta a proposito delle garanzie che si
« hanno contro gli abusi positivi o negativi che il Pubblico
« Ministero possa fare di questo diritto formale d' accusa?
« Sotto il primo rapporto è pienamente tranquillizzante il
« Progetto in quanto lascia al Tribunale diritto abbastanza
« esteso di criticare l' istruzione e l' apertura del dibatti-
« mento. Ai casi di abuso doloso provvede il §. 344 del
« codice penale, che colpisce con la casa di forza il funzio-
« nario che richiede l' apertura o la continuazione di una
« istruzione a carico di una persona della quale gli è nota
« la innocenza. Dal lato degli abusi *negativi* il Progetto ci
« sembra ancora bisognoso di supplemento. Riguardo al-
« l' esercizio del monopolio d' accusa da parte del Pubblico
« Ministero deve distinguersi fra il principio così detto di
« *utilità* e quello di *legalità*, secondo che è permesso al
« Pubblico Ministero di omettere l' esercizio dell' azione pe-
« nale « per motivi di alta ragione di Stato » oppure egli
« è obbligato anco senza tali motivi e per principii di stretta
« giustizia e di uguaglianza di fronte alla legge ad elevare
« e sostenere l' accusa. Nell' ordine giuridico non può trovar
« giustificazione che questo ultimo principio. L' altro apre
« l' adito ad abusi, specialmente in materia politica. Vale
« inoltre il principio che il Pubblico Ministero deve obbe-
« dire agli ordini dei suoi superiori, dal Ministro scendendo
« ai gradi inferiori della gerarchia. Quindi elevato a prin-
« cipio di legge quello della utilità non si potrà mai per gli
« atti del Pubblico Ministero chiamare responsabile nè esso,

Digitized by Google

« nè, nei congrui casi, il Ministro. Il monopolio dell' accusa « nel Pubblico Ministero potrà adottarsi sol quando nella « legge si trovi espresso e garantito ad un tempo il prin- « cipio della *legalità*. Questo principio invero nel Progetto « presentato al Reichstag lo troviamo espresso. Ivi il Pubblico « Ministero vien detto in obbligo di elevare l' accusa là dove « esiste una ragione legittima per farlo. Ma per essere osser- « vato a dovere questo principio ha bisogno di una sanzione. « Questa esiste già anco nello stesso assioma suespresso, in « quanto che violandolo il Pubblico Ministero e nei congrui « casi il suo superiore, può esser tenuto responsabile in via « disciplinare o a tenore del §. 346 del codice penale. Ma « questa responsabilità, che ad altri organi dello Stato, o ai « corpi pubblici rappresentativi e in alcune circostanze anco « alla stampa può facilmente essere un mezzo efficace di « raggiungere praticamente lo scopo, presenta difficoltà quan- « do è un privato colui il quale ha interesse allo esercizio « dell' azione penale contro un reato. FA D' UOPO QUINDI ADOT- « TARE UN SISTEMA COL QUALE POSSANO ANCO I PRIVATI LESI DA « UN' AZIONE DELITTUOSA ESERCITARE PER ALTRA VIA L' AZIONE PE- « NALE CONTRO L' AUTORE, MALGRADO LA CONTRARIA VOLONTA' DEL « PUBBLICO MINISTERO. Quando il Progetto accorda al leso il « diritto di avanzare reclami ai superiori del Pubblico Mi- « nistero per il rifiuto di procedere, fa cosa che per alcuni « casi può essere sufficiente, per altri no. D' importanza « grandissima invece è L' ACCUSA PRIVATA DEL LESO STESSO: la « quale è il sistema col quale il legislatore, almeno in parte, « tanto giustamente ritorna ai principii che per lungo tempo « dominarono nell'antica procedura tedesca. Il Progetto distin- « gue l' accusa privata e la sussidiaria, secondo che il leso « può promuovere accusa privata senza avere in precedenza « inutilmente invocato l' intervento del Pubblico Ministero; « oppure è autorizzato a promuoverla allorchè il Pubblico « Ministero abbia omesso di farlo egli stesso. L' accusa pri- « maria privata, che secondo il Progetto è limitata alle in- « giurie e lesioni perseguitabili a querela di parte, non ha

Digitized by Google

« che fare con la questione presente. Riguardo al monopolio « dell' accusa nel Pubblico Ministero ha invece importanza « grandissima la estensione della seconda. In questo punto « però il Progetto si palesa manchevole. Esso limita l' accusa « sussidiaria privata ai soli casi di azioni punibili la cui « persecuzione si effettua dietro querela od a quelle contro « cui il giudice può aggiungere alla pena un' ammenda in « favore del leso. Fra questi criterii dell' ammissibilità del- « l' accusa privata il primo specialmente si presenta me- « ritevole di considerazione. Per quale ragione il diritto « di ottenere l' esercizio dell' azione penale mediante l' ac- « cusa privata dovrà essere limitato ai reati perseguitabili a « querela di parte? Perchè ciò, mentre la tendenza caratte- « ristica del diritto di proporre querela sta nell' autorizzare « il leso ad impedire in alcuni casi l' esercizio dell' azione « penale contro un determinato delitto?! Perchè poi deve « il leso aver l' accusa privata quando, a mo' di esempio, « gli sia stata danneggiata la siepe (reato punibile a que- « rela di parte secondo il §. 303 del codice penale) e non « averla quando gli sono state rubate molte e molte migliaia « di *marche*, ed il leso stesso ha ragione di sospettare che « il Pubblico Ministero non voglia procedere contro una de- « terminata persona? A senso nostro, sia di fronte ai prin- « cipii generali come di fronte al monopolio d' accusa del « Pubblico Ministero, è necessario che alla concessione del « diritto di accusa privata in favore del leso non siano ap- « poste quelle limitazioni. Partendo da questo punto di vi- « sta, anco ritenuto per indubitato il fatto che in molte azioni « punibili il leso non è sempre un privato, non crediamo « poter essere tacciati d' inconseguenza se ci dichiariamo da « un lato favorevoli all' accusa *sussidiaria privata*, senza « poi spingerci dall' altro a propugnare col Gneist l' accusa « popolare nel senso dell' antico diritto romano. A' nostri « giorni la libera stampa veglia oltre il bisogno alla tutela « dei pubblici interessi. All' opposto la estensione dell' accusa « privata si manifesta tanto più necessaria nel Progetto in

Digitized by Google

« quanto per l' esperienze già fatte con le disposizioni del « codice penale sui reati punibili a querela di parte in una « revisione del codice si dovrà pensare a limitarne il nu- « mero. Laddove del resto si aspettasse (come sovente av- « viene) dal codice di procedura penale un rimedio efficace « al capitolo dei reati punibili a querela di parte, c' ingan- « neremmo a partito. Al di là della disposizione relativa al- « l' obbligo di pagare le spese nel caso di recesso dalla « querela, il codice di procedura penale non può mitigare in « alcun modo i danni esistenti. Apparisce quindi necessario « che si ponga addirittura mano alla riforma del codice pe- « nale. Poichè questa però non ha luogo contemporaneamente « alla compilazione del codice di procedura penale, si ab- « bia almeno presente nel redigere questo, là dove si tratta « dei reati punibili a querela di parte, che le relative dis- « posizioni del codice penale dovranno essere o tosto o tar « di cangiate ».

§. 862.

Prendendo a tipo di tali cautele le leggi che in proposito ordinarono con molta cura gli antichi romani, esse possono referirsi a quattro — 1.° designazione delle cause di *inidoneità* ad accusare — 2.° *ammissione* ad accusare per decreto di magistrato che conosca dell' accusa in diritto, e dia all' accusatore la *lex* per costringere i testimoni — 3.° *giuramento* di calunnia (1) — 4.° *penalità* rigorose contro i calunniatori.

(1) Doveva ogni cittadino, quando presentavasi ad accusare, prestare il giuramento solenne di istituire l' accusa senza *animo di calunniare*. Sulla qual forma possono fra molti vedersi Scaccia *de judiciis lib.* 2, *cap.* 1. E quanto grandi

Digitized by Google

fossero gli eccessi ai quali, malgrado le tante cautele, dava occasione in Roma sul cadere della Repubblica la libera facoltà di accusa ce lo ricorda Van Renesse *de coercitione accusatorum; in* Oelrichs *thesaurum novum vol.* 1, *pag.* 561. La facoltà di accusare in Roma aveva due genesi diverse. Nei delitti di azione privata nasceva da un gius tutto individuale tendente alla riparazione della offesa privata, e i casi ne sono raccolti nel libro 47 delle Pandette. Nei delitti di azione pubblica (*ff. lib.* 48) la facoltà di accusare nasceva dal diritto del *Civis Romanus* che perseguitava i delinquenti per ottenere riparo della offesa recata allo Stato. Questa distinzione si mantiene anche oggidì in Inghilterra. Vedi Chauveau *etude sur la poursuite criminelle en Angleterre,* nel *Bullettin de la législation comparée, ann.* 7, (1876) *pag.* 81 *et suiv.*

§. 863.

Nel sistema *inquisitorio* può sembrare che l' accusatore non vi sia, perchè non viene a faccia del reo, ma agisce nell' ombra. Pure vi è ancor qui, sebbene non sia d' intrinseca necessità attribuirgli speciali funzioni in cotesta forma nella quale il giudice procede di uffizio. Qui l' accusatore interviene con più limitati poteri. E bisogna riconoscerlo nel *denunciatore* segreto, o ufficiale querelante. Questo dà il moto alla inquisizione che poscia si inoltra a cura del procuratore del fisco, o dello stesso giudice; che per un' anomalìa di tale processo riunisce in sè alcuni dei poteri e delle funzioni che più propriamente spetterebbero allo accusatore (1).

(1) Vedasi la nota a §. 848.

Digitized by Google

§. 864.

Nel sistema *misto* la persona dell' *accusatore* si rappresenta dal *pubblico* ministero, al quale compete esclusivamente l' esercizio dell' *azione pubblica:* o *libera*, o *subordinata* alla doglianza dell' offeso nei delitti *privati*. Nel giure moderno la distinzione dei delitti in *privati* e *pubblici* non tiene nè alla *forma* del giudizio, nè all' *azione:* ma soltanto allo *eccitamento* dell' azione. La *forma* del giudizio nel processo accusatorio e misto è sempre *pubblica*. L' *azione* è sempre pubblica, perchè tutti i delitti (benchè ne sia subordinata la persecuzione alla querela del leso) si puniscono nello interesse della società. Ma si dicono *privati*, perchè l' *azione pubblica* non può mettersi in moto se non per volontà dell' offeso. Tale è il concetto di questa divisione dei delitti nel linguaggio odierno. Male però i pratici credettero che il giure romano usasse in cotesto senso la distinzione fra delitti *pubblici* e *privati*. Nel giure romano questa distinzione teneva al *fine* della pena; e si dicevano oggetto di *pubblico giudizio* quei crimini che si punivano nello interesse di tutti i cittadini; e di *giudizio privato* quelli che si punivano nello interesse del solo leso: idea che forse fu con troppa velocità abbandonata dipoi dimenticando i principii fondamentali del diritto naturale. Erano *privati* delitti appo i Romani il furto, la rapina, il danno dato, e la ingiuria. Erano *pubblici* il parto supposto e l' adulterio, sebbene il primo per la *leg. 30* §. *1. ff. ad leg. Corn. de falsis;* e il secondo per l' editto di Costantino *(leg. 30 C. ad*

Digitized by Google

legem (1) *Jul. de adulter.)* non si potessero perseguitare che sulla doglianza di certi membri della famiglia, *ne volentibus temere liceat foedare connubia*, come dice del secondo l' imperatore; e *ne falsis extraneorum contumeliis jura familiae deformentur*, come dice del primo il Voet *ad pandect. tit. de transact. n. 18.* Forse nella sua origine la nomenclatura si desunse dall' azione, come rilevasi dal §. 1. *Inst. de pubbl. judic.;* ma certo è che rimasero poscia nella categoria dei delitti pubblici anche alcuni delitti che si perseguitavano a sola querela di parte, ma nel pubblico interesse (2). Presso gli antichi popoli germanici tutti i delitti si mantennero a lungo di indole privata così nel concetto del fine della persecuzione loro, come nello esercizio di questa, non concessa che al suo leso e suoi aderenti.

(1) La esclusione degli estranei dall' accusa di adulterio, sancita dal primo imperatore cristiano, si sostiene come *assoluta* dai migliori interpreti, e tale la dimostra la lettera della costituzione. Vedi Wissembach *disputationes juris civilis in C. ad dict. l.* 30, *Franekerae* 1648 — Mattheo *de criminibus lib.* 48, *tit.* 3, *cap.* 4, *n.* 11.

(2) Vedasi Platner *de jure criminum Romano, quaest.* 6, *cap.* 3, *pag.* 107 *ad* 170, *Marburgi* 1842 — Puffendorff *Introductio in processum criminalem Luneburgicum cap.* 1, §. 7 *et seqq. Hannoverae* 1768.

§. 865.

L' ufficio del *pubblico ministero* fu il risultato di un lungo processo storico. Quando il popolo romano, remosso per le usurpazioni dell' impero da ogni

Digitized by Google

potere politico, si addormentò nella obbedienza passiva, nessun cittadino, tranne eccezionalmente gli offesi, più volle assumersi l'odioso rischio di accusare i delinquenti. Ciò rendeva precario il magistero penale, e lasciava la società senza difesa contro i facinorosi. Il rigore della massima che nissuno potesse perseguitarsi per un delitto se non vi era chi lo accusasse, dovette cedere in faccia ad un imperioso bisogno (1). Laonde il terzo secolo dell' era cristiana vide sorgere il concetto di una persecuzione dei delinquenti eccitata d' *uffizio* dai magistrati: *Leg. 22 ff. de quaestionibus — leg. 13 ff. de off. praes. — leg. 7 C. de accusatoribus — leg. 5 C. de delatoribus — leg. 1 C. de custodia reorum.* La giustizia in questo periodo pretermise il bisogno di un accusatore, e ne venne a far le veci lo stesso giudice. Non ancora per altro attuossi il concetto di un ufficiale permanentemente incaricato di accusare i delinquenti: poichè non vi è germe di ciò nè nella istituzione dei *curiosi* e degli *stazionarii (leg. 1 et 8 Cod. Theod. de curiosis)* sorta al quarto secolo, con incarico di mera *polizia* investigatrice; nè nelle ingerenze date da Giustino ai vescovi nel sesto secolo, con incarico di mera *vigilanza* sulle procedure penali *(leg. 22 C. de episcopali audient.)* e sulle carceri.

(1) Plinio ricorda come in caso di gravi delitti dovesse talora il senato o l' imperatore destinare qualcuno all' accusa: *Epist.* 3, 4; 6, 31; 7, 33. Uguale bisogno aveva già eccitato nella repubblica le *questioni* speciali. Sono utili a consultarsi Panzirolo *de claris legum interpretibus lib.* 1, *cap.* 5, *pag.* 18, *Lipsiae* 1720 — Mascovio *Opu-*

Digitized by Google

scula vol. 1, *opusc.* 1, *Lipsiae* 1776 — Scheel *De publicis actionibus et inquisitionibus in causis poenalibus ex praeceptis juris Danici et Norvegici tam antiqui quam hodierni nec non ex aliis nonnullis legibus, Hafniae* 1836 — Ram *De ministeri publici origine, Trajecti ad Rhenum* 1840 — Berenger *De la justice criminelle en France partie* 3, *chap.* 4, *pag.* 257, *Paris* 1858 — Schenck *Traité sur le Ministère public vol.* 1, *sect.* 1, *Paris:* senza data. Vedasi la nota a §. 845.

§. 866.

Ma in seguito si era venuto introducendo attorno alla giustizia un ordine di persone che sotto il nome di *procuratori*, assumevano l' ufficio di rappresentare gli interessi delle parti nelle liti. E mentre ogni signore venne ad avere il suo *procuratore* presso i tribunali, anche i Re ebbero il loro. Ora si trova che dopo la metà del decimoquarto secolo questi *procuratori del Re*, dalla condizione di semplici agenti di affari, erano passati ad esercitare un ufficio pubblico: e si erano investiti anche dell' autorità di accusare i delinquenti, senza che si conosca il preciso momento in cui tale uso ebbe origine; nè il primo documento che lo validò. Fatto è che verso la fine del secolo XIV si trovano in varii paesi questi procuratori del re, investiti del potere di tradurre i colpevoli avanti la giustizia, malgrado il silenzio della parte offesa; e di chiederne la condanna, con apposite conclusioni e dimande. La spiegazione più probabile di simile transizione si trova nella natura delle pene d' allora; le quali molto consistendo in ammende e confische, generavano nei governanti

Digitized by Google

un interesse pecuniario alla condanna. Ciò dava ragione a coloro che zelavano gli interessi dei governi di interloquire nei giudizi penali: e così forse passarono dalla rappresentanza del fisco pel ricupero delle ammende, alla rappresentanza generale della società offesa col delitto, per procacciarne la repressione. Così l' ufficio del *ministero pubblico,* per un fenomeno singolare, si propagò appo diverse nazioni prima che i legislatori l'avessero formalmente costituito (1).

(1) Meyer *istituz. giudiciarie vol.* 2, *pag.* 572 — Helie *de l' instruction vol.* 1, §. 74 — Becot *de la justice répressive pag.* 232.

§. 867.

Ma il *pubblico ministero* si è venuto in certa guisa purificando nella odierna civiltà. Perchè separato affatto cotesto ufficio da ogni rappresentanza della corona, e da ogni cupidigia fiscale, ha potuto assumere più nitida la divisa della *imparzialità,* considerandosi come rappresentante della *legge.* Alla purità (1) di questo concetto; alla presunzione di assoluta imparzialità; alla supposta assenza di ogni passione, e di ogni predilezione per la condanna; l' ufficio del pubblico ministero va debitore di quelle ampliazioni di poteri, che le moderne legislazioni gli hanno generalmente attribuito; e che potrebbero riuscire pericolose se quei presupposti venissero mai disgraziatamente smentiti. Ad evitare i quali pericoli potrebbe riuscire utilissima la istituzione dell' avvocato dei poveri, dove fosse saggia-

Digitized by Google

mente costituito codesto uffizio, e circondato della conveniente dignità e degli opportuni poteri (2).

(1) Tutta la purificazione e la nobilitazione di questo ufficio consistette nella rettificazione di una idea; vale a dire che il sostenitore dell' accusa non fosse più un rappresentante del governo, ma un organo della Magistratura. Ciò pose indosso a lui la divisa della imparzialità e lo autorizzò a chiamarsi rappresentante della legge. Con ciò doveva sparire da lui tutta la rapacità, la crudeltà, e la tenacità che rendettero odioso l' antico procuratore fiscale; e il popolo in lui più non doveva vedere un nemico ma un protettore. Chi volesse tornare a dire che il pubblico Ministero è un organo del potere esecutivo lo ricondurrebbe senza avvedersene alle antiche condizioni. Ma questo ideale, tanto bello e sublime, può egli dirsi che sia oggi riprodotto nella realtà delle cose in quelli ufficiali che alternano il titolo veridico di *Procuratori del Re* al titolo Pubblici Ministeri? È egli possibile, con l' odierno simulacro di libere istituzioni, che sorga (o sorgendo possa lungamente durare in ufficio) un Pubblico Ministero sulla tomba del quale si debba riprodurre con verità l' epitaffio che meritò la miracolosa rettitudine e lo spirito indipendente di D' Aguessau? *Solius sapientiae cupidus, terrenorum immemor, superna sitiens.* Non è invece a temersi il vaticinio che testè scriveva il venerando Du Boys *(histoire du droit criminel en France pag.* 338, *note* 1) *l' exercice de ces fonctions accusatrices, peuvent finir à la longue par affaiblir les sentiments de l' humanité, surtout dans les ames vulgaires et dépourvues de principes vraiment religieux.*

(2) Nel mio concetto codesto uffizio dovrebbe costituirsi non pel solo fine di difendere i miserabili all' orale dibattimento, al che supplisce bastantemente la destinazione a turno del difensore officioso: dovrebbe essere il *tribunato* della difesa costituito come magistratura permanente, destinata a gua-

Digitized by Google

rentire la libertà civile dei cittadini dai primi momenti nei quali sorge contro di loro il pericolo di un processo criminale. Dovrebbe al Pubblico Ministero lasciarsi tutto ciò che gli occorre alla persecuzione dei delinquenti; cioè tutti i suoi poteri attuali. Ma dovrebbe stargli a fronte un magistrato che avesse altrettanti poteri nel senso di vigilanza della procedura, e protezione della innocenza. Le preoccupazioni del magistrato destinato ad accusare troverebbero un equilibro nelle preoccupazioni (se vuolsi) del magistrato destinato a difendere. A quello esercitare l' azione pubblica, provocare gli arresti, e le procedure a carico dell' accusato. A questo provocare le scarcerazioni, e le verificazioni a discarico. Il consenso dei due uffizii dovrebbe risparmiare ogni ulteriore intervento delle camere di consiglio, guarentigia che non sempre risponde in pratica alle aspettative che se ne promisero i legislatori. Le camere di consiglio dovrebbero interloquire soltanto nel dissenso dei due officii. Libero l' accusato di eleggersi un difensore di sua fiducia, la *difesa officiale* dovrebbe cedere il campo al difensore elettivo nel giudizio orale. Non sono nell' orale giudizio i più gravi pericoli delle indebite od eccessive vessazioni dei cittadini. Il vantaggio di codesto uffizio dell Avvocato dei poveri (inteso come io lo vorrei) dovrebbe consistere appunto nel provvedere alla difesa e tutela di un inquisito in quel lungo periodo che precede il dibattimento: e nel quale la opera dell' Avvocato difensore è nulla. E lo è a ragione del pericolo che la intrusione di un privato si teme possa recare troppo spesso al corso di giustizia durante la segreta istruzione. Ma la venalità, lo spirito partigiano, e l' eccesso di zelo che a buon diritto si temono nell' Avvocato difensore, non potrebbero più temersi in una magistratura permanente scelta per elezione popolare; in faccia alla quale la istruzione segreta dovrebbe aprirsi senza rischio di collusione. E così si avrebbe in certo modo riparo al segreto della procedura scritta che pur bisogna almeno in parte conservare. Occulta a tutti coloro che parteggiando per l' accusato potrebbero abusare della cognizione degli atti;

Digitized by Google

essa avrebbe tutta la possibile pubblicità quando fosse aperta ad un magistrato il cui incarico fosse quello di vigilare il processo finchè si *dirige dall' accusa.* Allora potrebbe dirsi che la difesa degl' inquisiti sarebbe completa. Un Avvocato dei poveri che non ha altri poteri che quelli di un Avvocato comune, e che incomincia la sua azione defensionale dopochè un infelice (vittima forse di un equivoco o di un errore di diritto, o di una fatale prevenzione) ha per parecchi mesi indebitamente gemuto nelle segrete; è una superfetazione senza frutto: è al solito una guarentigia apparente priva di realtà. Ad ogni modo dovunque e comunque volesse ordinarsi la istituzione dell' Avvocato dei poveri nelle procedure penali, dovrebbe per legge essere interdetto a coloro che si addicessero a cotesto nobile ufficio lo aspirare non solo a quelle croci e decorazioni governative che sono così terribile flagello della onestà, ma eziandio (e perpetuamente) a superiori impieghi, onde venisse assicurata la indipendenza di questi tribuni della difesa. Sarebbe ridicolo (se non fosse lacrimevole) il vedere un ufficio, la cui missione consiste in un antagonismo ed in una vigilanza sui possibili abusi degli accusatori, affidato a giovani che lo guardano come un passaggio, perchè anelano a più lucrosi collocamenti: essi per conseguire il desiderio loro e procacciarsi più larghi stipendii, dipendono interamente dalle buone grazie, dalle informazioni, e dalle proposte di coloro coi quali dovrebbero mantenere la situazione di un sindacato e di una opposizione permanente. Tale assurdo rese ipocrita e disprezzata la istituzione di che favello. Ma queste si diranno anch' esse utopie! Eppure se qui ne fosse il luogo io potrei mostrare come tali idee si riannodino con gli antichi metodi praticati in Toscana ed in altre parti d' Italia. La speranza che taluno a buona fede coltiva di riunire in un solo ufficio ed in un solo uomo le funzioni di accusa e le funzioni di difesa, io lo considero come un sogno *boni viri.* Io divido interamente su questo punto la opinione con tanta energia propugnata da Prins et Pergameni, *réforme de l' instruction preparatoire*

Digitized by Google

pag. 165. L' indole finita della mente umana rende impossibile e repugnante che l' intelletto e la volontà di uno stesso uomo si diriga sinceramente nel tempo stesso a due fini che sono opposti e contradittorii fra loro.

§. 868.

I *diritti* del pubblico ministero si riassumono principalmente nelle seguenti facoltà — 1.° esercitare l' azione penale; provocando ove occorre l' arresto del reo — 2.° fare tutte le *requisizioni* e dimande, e provocare senza limite tutte le investigazioni, tutti gli interrogatorii, e tutte le misure e provvedimenti, che crede utili alla scoperta del vero e al servigio della giustizia — 3.° provocare gli aggiornamenti della trattazione della causa — 4.° spiegare alla udienza fino alla chiusura del dibattimento le sue conclusioni, tanto sul merito quanto sugli incidenti — 5.° replicare alla difesa per la rettificazione dei fatti che da questa si fossero travisati, o per le nuove eccezioni di diritto da lei proposte — 6.° procurare la esecuzione della sentenza, o assolutoria o condennatoria — 7.° procurarne la correzione quando ne abbia i mezzi legali, e creda violata la legge (1). Tutte le ulteriori attribuzioni delle quali si vuole impinguare questo ufflzio, o sono inutilmente impacciose, o sono pericolose invasioni delle potestà per natura loro pertinenti ai capi della magistratura; la quale deve essere indipendente.

(1) Quello che io qui scriveva intorno alle origini del pubblico Ministero incontra una confutazione nel pregevole scritto testè pubblicato dall' Avvocato Giovanni Carcano

Digitized by Google

di Milano, intitolato — *Il pubblico Ministero.* In questo scritto, ricco di filosofia, di erudizione e di verità pratica, lo illustre giureconsulto prende a confutare con solidi argomenti tutte le ipotesi portate innanzi intorno alle origini di questo Ufficiale. Esso confuta agevolmente il concetto che sia una derivazione dei *missi dominici* di Carlo Magno; confuta la opinione dello Sclopis che ne trovò il tipo negli *Avogadori* veneti: e confuta eziandio la più comune opinione che ne trova il primo simbolo nei *procuratori fiscali.* Così giunge diritto alla conclusione che egli intende dimostrare; essere il pubblico Ministero una istituzione tutta politica creata dalla Monarchia Francese per tenere in briglia sotto la mano del Re la Magistratura. La differenza di opinione fra me e lo illustre giurista Milanese dipende dal diverso obiettivo che pigliasi a contemplare. Quando io descriveva nel mio *Programma* la figura del pubblico Ministero io aveva innanzi agli occhi della mente uno ideale scientifico, ed innanzi agli occhi del corpo il pubblico Ministero quale erasi voluto istituire nel Granducato Toscano con la riforma del 1838, e che durò tra noi fino alla unificazione legislativa del Regno d' Italia. Sarà questo un ideale non realizzabile, sarà uno dei sogni della Costituente di Francia, non disputiamo di ciò: ma certo è che aveva in allora tra noi una forma reale alla quale convenivano ben diversi caratteri. Estraneo affatto ad ogni ramo del potere esecutivo; subordinato anch' esso all' autorità presidenziale; escluso da ogni ingerenza di polizia, tutta concentrata nei Delegati di Governo; spogliato da ogni supremazia sulla Curia, riservata alle Camere di disciplina ed al Ministro di giustizia; il pubblico Ministero costituito in Toscana nel 1838 andava superbo di chiamarsi niente più che un Magistrato, il rappresentante della legge e non del Governo; e di chiamarsi indifferente alle assoluzioni ed alle condanne penali. Se il Carmignani aveva intraveduto in questo ufficio un potere assorbente ed un organo di tirannide, ciò era stato piuttosto un vaticinio di quel vecchio sperimentato che giustamente temeva le imitazioni di Francia, anzichè

Digitized by Google

il prodotto del nuovo ordinamento quale esso allora sorgeva. E la magistratura Toscana seppe bene per lunga pezza mantenere il pubblico Ministero entro i limiti dello ideale scientifico, e frenare ogni sua velleità espansiva di potere: e spesso vedemmo i Presidenti delle Corti richiamare all' ordine nelle pubbliche udienze senza timore e senza pericolo i pubblici Ministeri. Al contrario il giurista Milanese contempla una diversa figura: esso guarda il pubblico Ministero Francese; e troppo egli ha ragione di guardarlo dopo che gli ordinamenti giudiciarii dati novellamente alla Italia hanno qua trapiantato quel Briareo, facendolo ancora, per quanto era possibile, più ricco di braccia e di occhi e di nasi per ficcarli per tutto a perpetuo ostacolo di ogni libertà civile. Questa figura di un Ufficiale politico, potente dappertutto e sopra tutti, e talvolta anche più del Ministro di giustizia, non è quella che io descriveva scientificamente, non è quella che un tempo sperammo e credemmo realizzata in Italia. A questa figura certamente non convengono nè i limiti dei poteri; nè i doveri che io a questo luogo mi compiaceva descrivere; nè i tipi ai quali parevami doverlo assimilare. E se di questa figura si parla io mi soscrivo pienamente alla opinione dello illustre Carmignani: essa è creazione tutta Francese, tutta moderna, tutta figlia del dispotismo; che volle nascondere sotto la toga i suoi centurioni quando più non osava armarli di elmo e lorica.

§. 869.

I suoi precipui doveri sono la imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non iscambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.

Digitized by Google

CAPITOLO X.

Del reo.

§. 870.

La parola *reo* (1), introdotta a designare colui *cum quo res agitur*, indica qualunque persona contro cui si dirige una dimanda giudiciale: e così nei giudizi criminali indica colui contro il quale si dirige la inquisizione, o l'accusa; e promiscuamente designa ora l'*inquisito*, ora l'*accusato*, secondo i vari sistemi (2). È chiaro da ciò che nel linguaggio giuridico la parola *reo* ha un significato assai diverso da quello in cui si adopera nel linguaggio volgare. Il *reo* pel volgo è il colpevole. Pel giurista il *reo* può essere innocente. Ed è grave errore quello di chi, per una prevenzione funesta, osi confondere il senso giuridico di questa denominazione col suo volgare significato.

(1) La vera etimologia della parola *reo* deriva da *reor, putare, supporre,* e sta ad indicare lo *stato di accusa,* cioè quello stato intermedio fra la innocenza e la condanna, nel quale il cittadino si sospetta colpevole, ma non è ancora riconosciuto tale. Questa etimologia offre una mirabile coincidenza della parola *reo* con quella della parola *imputato*.

(2) Il *reo* si denomina *accusato* dopochè ebbe corso il libello accusatorio o la trasmissione degli atti. Nel processo misto non può dirsi *prevenuto* (voce introdotta nell'uso del nostro foro) finchè non è emanato il decreto d'invio. Fin là non può dirsi che *incolpato*.

Digitized by Google

§. 871.

In ordine a questa seconda persona la scienza non ha a fare che due avvertenze. La prima che non possono esservi in ben ordinata città privilegi nessuni: ed *ogni cittadino* deve potersi tradurre in stato di reato. La seconda è che il reo deve comparire *in persona:* nè si ammette che si faccia rappresentare da altri. E ciò per due ragioni: — 1.° perchè il diritto della difesa è nelle materie penali *inalienabile;* ed eventualmente si alienerebbe, quando si ponesse in balìa di un procuratore — 2.° perchè il bisogno di scoprire il vero esige che si abbiano nel giudizio le dichiarazioni personalmente emesse dal reo, che solo è in grado di conoscere le circostanze delle quali è chiamato a dar conto (1).

(1) I pratici disputarono se la presenza del reo a giudizio dovesse tenersi come necessaria anche quando discutevasi un incidente: Phaebo *decisiones, decis.* 64, *pag.* 195, *Ulissipone* 1578.

§. 872.

Ma la necessità della presenza del reo al giudizio criminale porta essa la conseguenza che al reo debba negarsi ogni difesa quando si ostina a rimanere latitante? Ciò si credette un tempo essere una necessaria conseguenza della contumacia. Ma anche questa tradizione (che è l' ultimo residuo dell' odio, degli antichi legislatori e delle antiche pratiche, contro i contumaci) deve o prima o poscia scomparire in faccia al progresso del giure penale,

Digitized by Google

perchè a ciò conducono le deduzioni logiche del principio cardinale ormai accolto che il fondamento del diritto di punire pertinente allo Stato sta unicamente nel bisogno della tutela giuridica. Questa formula (noi l'abbiamo detto altre volte e lo ripeteremo di nuovo) è *universale*. Lo stato deve nello esercizio del Magistero penale difendere indistintamente il diritto di tutti. Deve difendere gli onesti contro i colpevoli col punire questi: deve difendere gli onesti contro le ingiuste accuse dirette a danno loro: deve difendere gli stessi colpevoli contro lo zelo esagerato degli agenti del potere quando questi intendano far cadere sul capo loro una pena più severa di quella che la legge vorrebbe. Dunque la difesa dei rei è un *dovere* della autorità sociale come lo è la loro punizione quando sono delinquenti, perchè sì l'una come l'altra sono contenuti necessari della tutela giuridica. Come può egli dirsi che la società si libera da questo *dovere* soltanto perchè lo accusato si ostina a non comparire in faccia al giudice perchè teme le molestie del carcere o i pericoli di una calunnia? È dunque un delitto il desiderio di evitare patimenti corporei e gravissimi rischi? Nè questo è il solo lato della questione. Un altro ve ne ha più assai interessante quando in un processo è involuto più di un reo, uno dei quali obbedientissimo si presenta e l'altro si mantiene latitante. In questa combinazione negare la difesa al contumace pregiudica al reo obbediente; il quale con una singolarissima iniquità viene ad essere a condizione peggiore del reo inobbediente. Il contumace quantunque volte si presenti profitterà della difesa già fatta dal reo obbediente; e più go-

Digitized by Google

drà del libero campo che gli resta aperto a proporre le difese proprie. Così può non di rado avvenire che un complice incorra pena più severa perchè fu sollecito ad obbedire ai comandi della giustizia, mentre l'autore principale si teneva tuttavia latitante. Quando questi posteriormente si presentò, e fece valere le circostanze che impropriavano il reato e portavano a pena minore; fu necessità di giustizia infliggergli soltanto la prigionia. Ma il complice non ebbe mezzo, nella contumacia dello autore principale, di fare valere queste circostanze a lui sconosciute; ed era stato necessità condannarlo alla galera (1). La difesa dei contumaci ha dunque un interesse ulteriore che spinge ad ammetterla quando si abbia il concorso di coaccusati presenti. Si mantenga dunque la regola che il reo ha l'obbligo di comparire *personalmente*. Ma questa regola non porti in modo assoluto allo effetto che non comparendo gli sia negata ogni difesa, anche quella di mero diritto che un Patrono voglia fare valere per lui. Questi rigorismi sono avanzi della antica ruggine.

(1) Dovrebbe almeno in simili contingenze reintegrarsi il giudizio già consumato contro il primo condannato obbediente, e farne un caso di ritrattazione. Vedasi nei miei *Lineamenti* la osservazione 14, §. 2, e il §. 1004 del *Programma*.

Digitized by Google

CAPITOLO XI.

Del giudice.

§. 873.

La *persona* del *giudice* (rappresentanza attributiva ad un uomo di poteri eccezionali sopra i suoi simili, che sarebbero naturalmente e politicamente suoi uguali) si costituisce dalla *giurisdizione* o *competenza.* Nella giurisdizione (1) *(facultas jus dicendi)* sta tutta la essenza del *giudice.*

(1) Sulla distinzione fra *giurisdizione* ed *impero* si veggano le dispute del Noodt *(de jurisdictione et imperio, opera omnia, Coloniae Agrippinae* 1763) che la proclama inetta; e del Menkenio, che la propugna nella dissertazione che ha per titolo *merum imperium jurisdictionem criminalem non esse (opusc.* 14, *Leowardiae* 1814): e Lycklama *Membranarum lib.* 5, *eclog.* 2 *et* 3. Su questa distinzione e sulla respettiva facoltà della delega la quale si concesse quanto alla giurisdizione, e si negò quanto allo Impero, sono utili a consultarsi Pruckmann *vol.* 2, *cons.* 4, *Francofurti ad Moenum* 1671 — Maestertio *de justitia Romanarum legum lib.* 1, *disput.* 29, *pag.* 83, *Lugduni Batavorum* 1547 — Duareno *disputationes vol.* 4, *cap.* 53; e la sua lettera ad Eguinardo Barone inserita nello stesso *vol.* 4, *pag.* 357, *edizione di Lucca* — Claper *tractatus de jurisdictione et imperio, Lugduni* 1588.

§. 874.

La giurisdizione deve trovarsi nel giudice e per ragione *intrinseca,* e per ragione *estrinseca* congiuntamente (1).

Digitized by Google

(1) A questo luogo non si esamina che la materia astratta della *giurisdizione*. Tuttociò che appella alle speciali condizioni richieste in uno od altro individuo per essere investito della giurisdizione criminale non appartiene a questa teorica. Ugualmente spetta allo interessante argomento dell' ordinamento giudiciario lo esame del metodo migliore onde repartire la competenza fra i semplici cittadini ed i Magistrati; del che detti cenno nella introduzione a questa terza Sezione. Spettano pure allo ordinamento giudiciario nella sua pratica applicazione tutte le dispute relative alle condizioni della *ricusa* dei giudici, e ai limiti di questo diritto, e al modo di esercitarlo. Spettano finalmente alla pura pratica le speciali ed eleganti questioni che sorgono in proposito delle cause eventualmente impeditive dello esercizio della giurisdizione derivanti da circostanze di fatto accidentali. Tale è, a modo di esempio, la questione che trattò Tapia *decisiones concilii Neapolitani decis.* 40, *Neapoli* 1629, ove supponendo il caso di un Avvocato che sia stato eletto alla magistratura, ricerca se costui possa esercitare la sua giurisdizione nelle cause ove egli aveva precedentemente prestato il suo patrocinio o consiglio.

§. 875.

La giurisdizione *intrinseca* è quella che si desume dalla *materia*.

§. 876.

Benchè niente repugnasse che in uno Stato un solo giudice o un solo collegio (1) disbrigasse tutta sorta di giustizia, pure la necessità nei regni estesi, e la convenienza anche nei piccoli, introdussero una distinzione di competenze o gerarchie ragionata sulla differenza della *materia* da giudicare. Di qui le va-

Digitized by Google

rie divisioni dei giudici, le quali tengono alla natura della *cosa* su cui deve cadere la loro cognizione:

(1) La costituzione della persona del *giudice*, o in un solo *individuo*, o in un collegio variò, e varia — 1.° secondo il grado di civiltà dei diversi popoli — 2.° secondo i respettivi mezzi finanziari — 3.° secondo la importanza delle materie. I giudici unici furono alternamente denominati *pretori, potestà, vicarii, commissarii*, e simili. I tribunali collegiali furon chiamati in Germania ed in Inghilterra *Camere*, in Italia *Rote* (sulla etimologia della quale parola è a vedersi Hommel *jurisprudentia numismatica pag.* 161, *Lipsiae* 1763) in Francia *Corti;* e per la imitazione di Francia questa ultima voce è venuta tra noi. Vedasi anche Franklin *de justitiariis curiae Imperialis, Vratislaviae* 1860.

§. 877.

Così — 1.° Si hanno giudici *civili, commerciali, criminali, ecclesiastici.*

2.° Si hanno in criminale giudici di *alto criminale, correzionali*, e di *polizia.*

3.° Si hanno in alcuni luoghi giudici *del diritto* (magistrati), e *giudici del fatto* (giuria).

4.° Si hanno giudici che godono solo giurisdizione *preparatoria* nei giudizi penali. La quale o può attribuire una mera autorità *eccitatrice* del giudizio (come quella delle camere di consiglio quando decidono sulla prima ammissione di una querela) o una autorità *investigatrice* (giurisdizione *inquirente*) come quella dei giudici istruttori.

Si hanno giudici che godono sola autorità *iniziatrice*, come le camere di accusa che decidono sul-

Digitized by Google

l' invio a giudizio, e i presidenti, quando dispongono su certe condizioni che dovrà avere il giudizio.

Si hanno giudici che godono autorità *consumatrice* dei giudizi, come sono tutti quelli che appartengono ai turni decidenti.

Si hanno giudici che godono autorità *correttrice*, o *isolata*, come quella delle corti di cassazione (1); o *congiunta* all' autorità *decidente*, come quella dei tribunali di appello, e di revisione.

(1) La Cassazione ha per suo istituto di non conoscere del *fatto:* conosce però e giudica competentemente delle *conseguenze giuridiche* del fatto: Blanche *études sur le code pénal, première étude pag.* 25, *et* 173. Si dice che la Cassazione sia un istituto moderno e figlio della rivoluzione Francese. Ciò non è vero. È una istituzione *Francese* ma di più antica data. Questo ritrovato risale ad una ordinanza di Filippo di Valois, alla quale Montesquieu attribuisce la data del 1332; Henryon de Pansey la data del 1344; e il Ferrari del 1331. In quella ordinanza germogliò il primo pensiero di una Corte Suprema annullatrice dei giudicati viziosi; e questo pensiero fu svolto poi completamente in Francia con l' editto del 15 gennajo 1597. La rivoluzione Francese non fece che dare a questo impianto l' ultima mano. Essa non valse che a procacciarle una ragione di patente simpatia, perchè vi ravvisò un' abdicazione del potere reale dell' esoso diritto d' intrudersi nello annullamento dei giudicati. E in tal guisa anche in questo argomento le vedute politiche fecero porre da banda le considerazioni del meglio giuridico. Questa tradizione dura fino ai tempi nostri, perchè molti della grave questione se ai bisogni della giustizia e allo interesse dei litiganti meglio convenga il sistema italo-germanico della terza istanza, o quello Francese della Cassazione, si attaccano tenacemente a quest' ultimo perchè lo guardano come inseparabile complemento delle libertà costi-

Digitized by Google

tuzionali; e la discussione si affronta con animo pregiudicato. Vedasi Pelinck *Selectae observationes de remedio juris quod Cassationis nomine vocatur in caussis poenalibus, Groningae* 1842. Circa la preferenza da darsi al sistema della *Cassazione*, o a quello della *terza istanza*, o *revisione*, o ad altro metodo eclettico, si è vivamente disputato in opposto senso tra noi in questi ultimi tempi, e la disputa ferve tuttora; e moltissime sono le monografie pubblicate in proposito.

§. 878.

La giurisdizione *estrinseca* è quella per cui fra diversi giudici, che tutti sarebbero *intrinsecamente* competenti, si determina *quale di loro* dovrà ad esclusione degli altri conoscere di un dato fatto.

§. 879.

Il principio costitutivo della giurisdizione estrinseca fu argomento di grandi dispute e di grandi lotte nel medio evo, per gli urti delle giurisdizioni baronali con le giurisdizioni regie, e delle giurisdizioni baronali fra loro. Gli uni sostenevano che la regola della competenza estrinseca si determinasse sempre in criminale come in civile, dal *domicilio* e *cittadinanza* del reo; e non hanno fine i reclami e le ostilità dei feudatarii, che la storia ricorda essere derivate dalle lamentate violazioni del diritto asserto spettante ai superiori del delinquente (1).

(1) In Francia, a modo di esempio, la prevalenza della giurisdizione *locale* sulla giurisdizione *domiciliare* non fu riconosciuta fino a Carlo IX, che la proclamò nella celebre ordinanza di Moulins: Dubois *histoire de la monarchie*

Digitized by Google

française liv. 6, chap. 9. Vedasi anche Capycelatro *Consultationes vol. 2, consult. 130, Genevae* 1686 — Sanfelice *decis. suprem. tribun. Regni Neapoletani vol. 1, decis. 68, Lugduni* 1675 — Ziegler *disceptationes selectae thema 45 de remissione delinquentium ad locum delicti Lipsiae* 1712 — Gutyahr *de exhibitione delinquentium, Lipsiae* 1795.

§. 880.

Le ragioni che fecero prevalere in penale alla giurisdizione del domicilio del reo, quella del *luogo del commesso delitto,* furono tutte di convenienza; ma così potenti che il *luogo del delitto* si riconobbe ovunque come determinante la *regola* della competenza estrinseca. E ciò perchè più conforme ai quattro bisogni della giustizia penale: *celerità: economia: verità: esemplarità.* Ma quando dicesi che per coteste ragioni la giurisdizione territoriale del luogo del delitto sia *preferibile* alle altre, non si dice già che le *escluda* in modo assoluto. Questo scambio sarebbe fonte di errori. Le altre giurisdizioni sono *suppletive.* Ecco tutto. Laonde dove la giurisdizione territoriale non possa esercitarsi le altre si svolgono legittimamente (1).

(1) Sul modo pratico di determinare il *luogo del commesso delitto,* e specialmente nel caso di reati commessi in un luogo di confine vedasi Weiske *manuale di procedura criminale* §. 61. E vedasi la nota 1 che appongo al §. 1361. Se poi in un solo giudizio venga tradotto un individuo per incolpazione di più delitti successivi dei quali si vuole riunire la cognizione, e che siano commessi in diversi territorii, la ragione suggerirebbe doversi regolare la competenza sul criterio del

Digitized by Google

delitto più grave. Ma molti pratici segnano invece la regola della preferenza del delitto ultimo (Weiske §. 62, 63) e alla prevalenza della gravità relativa obbediscono soltanto quando fra i più reati ve ne sia uno colpito da pena capitale. Questo criterio che dà tutta la prevalenza alla considerazione cronologica mi sembra piuttosto empirico che razionale. Sulla questione relativa ad un delitto cominciato in un luogo e consumato in un altro disputò Merlino Pignattello *controversiarum forensium cap.* 80, *Genevae* 1668.

§. 881.

Questa regola può soffrire limitazione per tre cause diverse: il *privilegio:* la *prevenzione:* la *proroga* (1). Ciascuna di tali cause può in certi casi essere ragione speciale di giurisdizione estrinseca, e far tacere anche la competenza derivata dal *luogo* del delitto.

(1) Si sviluppa ancora la competenza per *continenza di causa* quando trattasi di *più accusati*, o quando trattasi di *diversi fatti* obiettati ad un solo accusato benchè commessi in diversi luoghi; e quando siavi una *connessione* per cui la economia di spese e di tempo, e la speranza di meglio raggiungere il vero consiglino un giudizio unico. Vedasi Morin *Journal du droit criminel art.* 8405 — Lacuisine *De la justice criminelle en Cours d' Assises pag.* 229 *et suiv. Dijon* 1868.

§. 882.

Il *privilegio* opera tale effetto tutte le volte che un ordine legislativo assegna a un ceto di *persone* un tribunale speciale. Abbiamo esempi di ciò nei vari Stati; pei *militari;* per certi *ordini ca-*

Digitized by Google

vallereschi; per gli *scolari* (1); per gli *ecclesiastici;* pei *senatori,* e pei *deputati* alle assemblee legislative.

(1) Di qui il così detto Foro Accademico: Brancaccini *de jure doctoratus lib.* 1, *cap.* 4 *Romae* 1689 — Mendo *de jure Academico lib.* 1, *quaest.* 8; *et lib.* 3, *quaest.* 3 *et* 4, *Lugduni* 1668. Sulla etimologia della parola *foro* vedasi Wernher *tom.* 4, *observ.* 17, *Ienae et Lipsiae* 1756.

§. 883.

La *prevenzione* nasce dalla maggiore sollecitudine con la quale uno dei più giudici competenti intrinsecamente, ha esercitata la giurisdizione estrinseca, impadronendosi dell' affare. La prevenzione deriva dalla anteriorità della *citazione.* Ma fra le diverse citazioni che possono avere avuto corso, prevale la *reale* sulla *verbale,* sebbene anteriore; fra le più citazioni verbali prevale l' *anteriore* di data (1).

(1) Il principio della prevenzione è quello su cui si radica la *estraterritorialità* del giure penale. Quando un colpevole estero venga tra noi senza che abbia incontrato giudizio penale nella sua patria dove commise il delitto, la giurisdizione territoriale derivata dal luogo del commesso reato non essendo esercitata, nè utilmente esperibile, viene a rimanere prevalente la giurisdizione derivata dal *domicilio* attuale del colpevole. E così per virtù della prevenzione il giudice nostro che ha sotto la sua mano il delinquente, esercita legittimamente la sua competenza sopra di lui. Vedasi Winckler *Corollaria juris criminalis coroll.* 21 *de officio judicis deprehensionis, Lipsiae* 1782. La giurisdizione non

Digitized by Google

può per altro legittimarsi in ragione dell' *arresto* del reo quando la sua presenza in quel luogo non derivò da sua spontanea elezione ma fu coatta perchè condottovi dalla pubblica forza. E così fu giustamente deciso: Morin *Journal du droit criminel art.* 8674, *et art.* 8676. La competenza in ragione dello arresto del reo ebbe molta importanza in quei tempi nei quali si incontravano gravi difficoltà alla cattura dei contumaci; e quando gli Stati non avevano provvedimenti opportuni contro il vagabondaggio. Fu generale la regola che in qualunque caso di incertezza dovesse sempre prevalere il *forum deprehensionis;* e questa regola si ripete ancora dai moderni proceduristi: Weiske §. 60.

§. 884.

La *proroga* procede dal *consenso* delle parti. Essa sempre presuppone nel giudice la giurisdizione intrinseca, sulla quale non può avere efficacia mai il consenso delle parti, perchè attenente all' ordine pubblico. Ed avviene quando le parti hanno tacitamente riconosciuto la giurisdizione estrinseca del tribunale che venìa consumando gli atti del giudizio, col non elevare esse alcuna eccezione contro le facoltà dal medesimo esercitate.

§. 885.

L' *officio* del giudice magistrato si svolge nell' *impero*, nella *giurisdizione*, e nell' *arbitrio*.

§. 886.

Un tempo l' *arbitrio* del giudice fu un Briareo (1). Ma in una buona legislazione l' arbitrio del magi-

Digitized by Google

strato deve limitarsi per quanto è possibile. Quanto al *rito* esso non può porsi in sua balìa mentre invece è istituito a suo freno, ed è una vera derisione del popolo dettare precetti di rito lasciandone poi la osservanza al piacere del giudice. Quanto al giudizio sul *fatto* egli non ha vero arbitrio neppure dove si accetta la intima convinzione; perchè deve sempre convincersi secondo, il processo, e secondo ragione. Quanto alla *pena* egli deve averne i limiti dalla legge. Quanto alla *interpretazione* di questa esso non può farla a libito suo, ma è vincolato dalle regole di ermeneutica. Sicchè vero e proprio *arbitrio* non può averlo il giudice che nelle ordinatorie dei giudizi; le quali, entro certi confini di convenienza, dispone a comodo e piacimento suo (2).

(1) Vedi Du Boys *histoire du droit criminel vol.* 6, *cap.* 16.

(2) Puttmann *Sylloge Opuscolorum opusc.* 7, *pag.* 195 *de arbitrio judicis e foro judiciisque eliminando, Lipsiae* 1771 *et* 1786 — Unrein *de arbitrio judicis ex codice criminali Saxonico concesso, Lipsiae* 1838.

§. 887.

Le due prime proposizioni non possono oggi formare occasione di controversia. La forniscono però la terza, e la quarta.

In proposito della *pena* sul cadere del passato secolo trionfò uno spirito di reazione contro la proporzione così detta *armonica*, a cui si erano ispirate parecchie legislazioni di Europa: e che lasciava smisurata larghezza al giudice d' infliggere quel

Digitized by Google

castigo che a lui sembrava più adatto alle circostanze; dandogli persino talora potestà di correre dalla pena capitale alla multa. Come suole accadere, la reazione traboccò agli opposti estremi. E si propugnò la pena *tassativa* imposta dalla legge, come unico mezzo atto a procacciare buona giustizia ed a far sì che i colpevoli *si punissero non dall' uomo ma dalla legge.* A questa formula seduttrice s' ispirarono i codici rivoluzionarii di Francia, e si ebbe come un progresso l' aver tolto ai giudici ogni arbitrio nella penalità. Ma la novella dottrina fece trista prova di sè. Ebbero quei codici breve vita: e nei nuovi che si dettarono in Francia ed altrove nei primordii di questo secolo si trovò la provvisione conciliativa che la legge tassasse la *specie* della penalità, ma concedesse al giudice una larghezza nella sua *quantità* e durata entro certi limiti segnati dalla legge. Dopo il 1830 apparve insufficiente anche questo temperamento. Si osservò che per adattare con giustizia la punizione alle circostanze infinitamente variabili in cui può versare il delinquente, non bastava autorizzare il giudice ad infliggere qualche anno di più o qualche anno di meno della galera o del carcere che la legge segnava a quel delitto; ma bisognava dargli balìa di scendere ancora a delle specie inferiori di pena nei casi di eccezionali circostanze, che si dissero non possibili a prevedersi dal legislatore. Così nacque il sistema delle *circostanze attenuanti,* renduto celebre per le riforme francesi, ed imitato da altre legislazioni. Il qual sistema, autorizzando la dichiarazione dell' attenuanza senza che ne abbia in precedenza segnato le condizioni la legge, e senza che

Digitized by Google

neppure sia obbligo del giudice di dichiararne i criterii in sentenza, ripristinò in sostanza l' arbitrio del giudice nella penalità. Molti codici contemporanei (per esempio l' Austriaco, lo Spagnuolo, il progetto Portoghese) tentarono di conciliare l' aborrimento dell' arbitrio del giudice con la doverosità di proporzionare le punizioni fra delitti che sebbene identici nella loro *quantità naturale,* variavano però per le relative contingenze che ne modificano la politica quantità. Questi tentativi si estrinsecarono con lo enumerare studiosamente nel codice tutti i casi escogitabili di attenuamento, o di aggravamento che potevano incontrarsi nelle varie eventualità. Ma in cotesti tentativi, oltre ad avere spesso dimenticato i principii della scienza, confondendo il grado con la quantità del delitto, non si è, a mio credere, raggiunto ancora quel meglio che si desidera. E questo meglio non si potrà mai raggiungere finchè si vorrà costruire una scala *generale,* di aggravanti e di diminuenti *comune* a tutti i reati, anzichè dettarne le serie speciali per le diverse figure criminose: è incontrastabile che certe circostanze le quali aggravano una forma di malefizio oltre ad essere in alcuni reati costantemente essenziali, in altri vogliono invece essere valutate come attenuanti, e viceversa (§. 2182, e §. 3059). Prescindendo da ciò, a questo luogo è necessità concludere che se è certa la regola che nega ogni *arbitrio* al giudice nelle forme essenziali del *rito,* e nella *convinzione;* non può dirsi oggi altrettanto pacifica la regola che gli nega ogni arbitrio nella *penalità.* Avvegnachè per quanto si dica che nello attenuare il giudice deve procedere non ad arbitrio

Digitized by Google

suo, ma secondo *ragione;* finchè non gli si faccia precetto di esporre codesta ragione, il giudice essendo uomo cederà di frequente agl' impulsi di simpatia o di pietà in un senso, o al fascino della prevenzione in un altro senso; e la penalità subirà troppo spesso la influenza di un vero arbitrio.

§. 888.

Intorno alla *interpetrazione della legge* penale sono discordi le dottrine sul punto di decidere se debba seguirsi la interpetrazione *logica,* che cerca lo spirito, o la interpetrazione *letterale,* che aderisce alla parola della legge: e se (ammessa la interpetrazione *logica*) debba questa usarsi tanto a fine *restrittivo,* quanto a fine *estensivo.* Forse il problema è arduo a risolversi con una formula assoluta.

§. 889.

Non nasce il dubbio quando il caso non cada nè sotto la *lettera* nè sotto lo *spirito* della legge. Estendervela sarebbe lo stesso che creare una nuova legge. Neppure nasce dubbio quando il caso apparentemente compreso nella *lettera,* non lo è nello *spirito* della legge. Punire questo fatto sarebbe un andare contro la *volontà* del legislatore; e perciò la intelligenza *grammaticale* deve cedere alla *logica restrittiva.*

§. 890.

Dubbio sorge bensì quando il caso colpito dallo *spirito* della legge non lo è dalla sua *lettera,* almeno

Digitized by Google

in modo chiaro ed esplicito. E la ragione di qui dubitare emerge dal conflitto tra la obbedienza alla volontà del legislatore, e il rispetto equitativo alla buona fede dell' agente: buona fede cagionata dall' ambiguità della legge, o dalla sua omissione; per la quale sembra duro punire chi non avrebbe violato propriamente un precetto a lui manifesto, ma avrebbe violato soltanto un pensiero arcano, o una *analogia* (1).

(1) Misero mano in questa grave disputa con diverso consiglio Carpzovio, Menochio, Paponio, Forster, Everhard, Farinaccio, Montesquieu, Beccaria, Cremani, Thibaut, Mailler de Chassat, Riminaldo *cons.* 630; Vancamp *de interpretatione extensiva in legibus criminalibus, Lovanii* 1829; Elout *de interpetratione in jure criminali, Lugduni Batavorum* 1822; Byleseld *de doctrina interpetrationis juris ad leges criminales applicata;* e modernamente Helie in una speciale dissertazione. Recentemente il Giuriati ha sostenuto esser meglio che la legge sanzioni il sistema d' interpetrazione *letterale* anzi che quello *razionale,* perchè se il primo conduce allo *assurdo,* il secondo conduce allo *arbitrio,* ed i giudici che si vergognerebbero di usare un arbitrio lo usano senza parerlo col pretesto di una interpetrazione. Questa argomentazione è un puro giuoco di parole, perchè al tenace osservatore della lettera non sempre l' assurdo comparisce come assurdo; ma a lui si presenta invece come doverosa obbedienza alla legge. Nelle materie penali il punto di vista sotto il quale deve guardarsi il conflitto dei due sistemi non è esatto quando si contempla il solo giudice. Bisogna contemplare la legge nel suo primario e principale rapporto coi *cittadini* ai quali essa deve *prescrivere la norma della individuale condotta.* Quando al cittadino si vuole rimproverare che *violò la legge,* si deve strettamente aderire alla *lettera,* perchè il privato non ebbe coscienza di delinquere dove la lettera era muta, e ad esso

Digitized by Google

non correva l'obbligo di andare più in là della lettera. Quando si tratta poi di applicare la pena deve aderirsi allo *spirito*, perchè in questo solo è la *volontà* del legislatore: e non basta che la lettera abbia pure indotto colui a credere di delinquere col fare quell' atto se il legislatore non *aveva voluto* che si punisse. Lo elemento della imputabilità politica non è il solo *divieto* del legislatore, nè la sola *credenza* dell' individuo di agire contro la legge. Esso è duplice: da un lato occorre il *divieto*, e dove il giudice è convinto che il legislatore non *volesse vietare* non può farsi esso medesimo legislatore col punire; dall' altro lato occorre che lo individuo abbia *potuto conoscere* il divieto perchè gli si possa obiettare il dolo, cioè la coscienza di delinquere. Ma quel divieto che *voi dite* essere nello spirito della legge quantunque non fosse nella sua lettera, il privato non ha potuto conoscerlo. Facendo altrimenti, il delitto si fa consistere nella deficienza nel cittadino dello spirito profetico che a lui rivelasse quell' arcana mente che nella legge avrebbe trovato uno od altro tribunale, mentre in questo perplesso giudizio sono frequentemente discordi gli stessi Magistrati. Qual è il vero scopo per cui si fanno le leggi? Non è già quello solo di *regolare i fatti dei giudici*, ma innanzi tutto è quello di *regolare i fatti dei cittadini*. I cittadini non essendo giuristi non possono regolarsi che secondo la lettera nei fatti loro; il giudice essendo giureconsulto deve moderare secondo lo spirito il fatto suo che è quello d' irrogare la pena. Non si punisca l' azione che non è colpita dalla lettera, quantunque a voi sembri essere nello spirito, perchè manca nello agente la volontà criminosa; non si punisca l' azione che il legislatore non volle colpire, quantunque essa cada sotto la lettera, perchè vi manca la volontà del legislatore. Questa distinzione parmi che nella sostanza coincida con la dottrina insegnata dallo egregio Tolomei *Elementi di Diritto penale* §. 122 *e seguenti, pag.* 88, *Padova* 1866. Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso: per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa. Sempre però bisogna tenere

Digitized by Google

presente la vecchia regola che in ogni dubbio deve accettarsi la dottrina più mite.

CAPITOLO XII.

Contestazione dell' accusa.

§. 891.

Non basta che l'accusa vi sia, se non è *contestata* al reo. La contestazione è necessaria pel diritto che ha il reo di presentare le sue difese, e per lo interesse grandissimo di tutta la società che il giudizio obiettivo riesca conforme al vero. Tali essendo i *fini* di cotesto atto è evidente che le sue forme, onde sia dettata ed eseguita razionalmente, devono ordinarsi in guisa che la contestazione riesca *utile* ai medesimi, e sufficiente a raggiungerli per quanto è possibile.

§. 892.

Perciò la contestazione dell'accusa (affinchè non si converta in una farisaica simulazione di rito) deve aver sempre due condizioni — 1.° deve essere *completa* — 2.° deve essere *tempestiva*. La scienza è indifferente sul *modo* diverso di tale contestazione, purchè essa *sia fatta*, e sia fatta *utilmente*. La contestazione dell'accusa è di necessità per il fine di mettere in grado l'imputato di esercitare utilmente il diritto di difesa, senza la quale mai può aversi fidanza che il giudizio criminale abbia condotto al conoscimento della verità, che interessa

Digitized by Google

non solo al giudicabile ma a tutta la società; ed è così di ordine pubblico primario. La *utilità* della contestazione tutta risiede adunque in questo, che essa abbia tutte e singole le condizioni le quali sono indispensabili onde lo imputato possa opporre efficacemente i suoi mezzi defensionali a conflittare i mezzi introdotti contro di lui dall'accusa. Questo è ciò che si vuole quando si dice che la contestazione dell'accusa deve essere *completa* e *tempestiva*. La *completezza* (come fra poco accennerò) è formula che si riassume in una idea cardinale: esser dovere dello inquisitore o dello accusatore di nulla tenere nascosto allo imputato di quanto si prepara a suo danno, e di quanto si fa e si farà per assodare il preconcetto della sua colpevolezza e demolire la presunzione di innocenza, che pur sempre lo assiste. La *tempestività* è formula che riassume una seconda idea principale: esser dovere dello inquisitore o dello accusatore che la completa comunicazione allo imputato delle ricerche e verificazioni dalle quali sorge il suo pericolo, si faccia in un *tempo* che lasci al giudicabile la potestà di introdurre nel processo i suoi mezzi defensionali. Perciò il requisito della tempestività (se bene addentro si guarda) si costituisce di due *termini*. Un termine *ad quem* ed un termine *a quo*. Il termine *ad quem* deve essere tale che lasci allo accusato un *intervallo* sufficiente fra il giorno della contestazione ed il giorno del giudizio definitivo. Intervallo che non renda alla difesa impossibile o malagevole, per troppa brevità, di istituire le verificazioni per raccogliere le prove a lei bisognevoli e produrle al definitivo giudizio. Senza ciò la contestazione sarebbe una derisione tirannica; e

Digitized by Google

il giudizio nascerebbe nullo per coartazione illegittima di difesa. Al difetto di tempestività nel rapporto del *termine ad quem* si ripara con uno aggiornamento o proroga del giudizio definitivo, la quale non deve mai negarsi dal Tribunale quando lo accusato o il suo difensore ne alleghino con apparenza di ragione il bisogno. Le leggi procedurali stabiliscono generalmente a priori questo termine prescrivendo l' intervallo che deve intercedere fra il giorno della avvenuta contestazione e il giorno della udienza definitiva; ma questi termini riescono spessissimo nei casi concreti troppo brevi e strangolatori. In pratica avviene, per i vizi dei sistemi veglianti, che l' accusa abbia avuto talvolta uno e talvolta due anni di tempo per raccogliere le armi sue e prepararsi a piombare, quando sia matura la sua battaglia, addosso ad un privato cittadino che frattanto non ha avuto balìa di fare altro tranne piangere nel fondo di una segreta. Ed ecco l' accusa, al giorno che a lei piace, venire ad aggredirlo armata da capo a piedi con una schiera di testimoni ed indizi a tutto suo agio raccolti col più studioso congegno. Ed a questo momento la legge ostenta generosa protezione dicendo a quello infelice, ti guarentisco otto giorni o quindici giorni di tempo. Ed in questo periodo il giudicabile, per lo più carcerato, deve provvedersi di patrono: il patrono deve mettersi al fatto dei volumi processuali: comunicarne i resultati al giudicabile ed alla sua famiglia: ed insieme provvedere ai mezzi opportuni onde rettificare gli equivoci, dileguare gli errori, e smascherare le falsità che troppo spesso si sono intruse nel procedimento a carico. Il patrono rara-

Digitized by Google

mente ha una sola difesa sulle braccia; e distratto da altri precedenti impegni, che pure gli stanno sulla coscienza, trova anche più brevi quei termini già per loro brevissimi. E troppo sovente la difesa recata innanzi senza materiali si riduce ad una vana cicalata, ed è una vera derisione. Ecco il motivo pel quale tanto spesso avviene che dopo ottenuta una cassazione della prima condanna il processo alla seconda prova muti di faccia, e le sorti avverse allo accusato nel primo precipitato giudizio divengano fauste, e si convertano in una vittoria al secondo più maturato cimento. In ordine poi al termine *a quo* la *tempestività* consiste in questo che la contestazione delle singole circostanze introdotte contro l' imputato si facciano *prima* che a lui *sia reso* impossibile dal tempo contrapporre le sue rettificazioni alle induzioni fiscali. Questo è il punto nel quale radicalmente difettano i sistemi procedurali vigenti, e specialmente in ciò che riguarda la verificazione di certe *materialità*. Interessa di verificare il *corpo del delitto* o il *materiale di un indizio*. L' accusa chiama periti o testimoni a sua scelta. L' imputato nulla ne sa; nè egli, nè persona che curi lo interesse suo assiste a quelle verificazioni: e così credesi di avere legittimamente assodato la prova del *corpo del delitto*, e potere asserire (a modo di esempio) che quel bambino morì di morte violenta: oppure credesi di avere assodato il *materiale di un indizio*, e potere asserire (a modo di esempio) che una cartolina di polvere asserta trovata in mia casa era veleno, o che certe macchie osservate sui miei abiti erano macchie di sangue. Così armata l' accusa viene ipocritamente a dirmi, ecco che io

Digitized by Google

vi faccio la dovuta contestazione: ve la faccio *completa* perchè vi metto sott' occhio tutto quello che trovarono gli ufficiali perquirenti, tutto quello che osservarono i miei periti, tutto quello che osservò il giudice o il testimone da me chiamato. Combattete gli asserti miei, ne avete pienissima libertà. La contestazione che io vi faccio è bene *tempestiva,* poichè avete quindici giorni davanti a voi, e più ve ne accorderà il giudice se lo chiedete. Mistificazione ed ipocrisia! Quella contestazione è *intempestiva* nel rapporto del termine *a quo*, perchè ormai quel cadavere è disfatto e sepolto, quei panni hanno subìto alterazioni, quella polvere è stata dispersa o consunta dai vostri chimici nelle loro operazioni. Cosa volete che osservino e verifichino i periti defensionali quantunque più imparziali e più sapienti dei vostri? Essi possono recare innanzi delle *teorie astratte* che saranno derise dalla accusa e non faranno breccia sui giudicanti in confronto delle *verificazioni concrete* che voi ed i vostri faceste a talento vostro. Questa è una contestazione *intempestiva* e nella sostanza *incompleta.* È incompleta perchè al giudizio ed alle verificazioni defensionali non presentate gli oggetti sui quali devono cadere le indagini critiche: è *intempestiva* perchè venite a dirmi che in quelli oggetti ricorrevano tali e tali altre condizioni dopochè avete distrutto gli oggetti medesimi. Non vi è più uguaglianza fra l' accusa e la difesa quando ai soldati della difesa impediste di vedere ed osservare ciò che faceste osservare e vedere ai soldati dell' accusa. Pare impossibile che in mezzo alla civiltà che oggi si vanta vedasi grosso sopra metodi così illogici, così parziali e così ingiu-

Digitized by Google

sti. Perchè la contestazione fosse *tempestiva* nel rapporto del termine *a quo* dovevate *prima che quello oggetto fosse distrutto* contestarmi che era vostra intenzione di cercare in quello un corpo di delitto o un materiale di indizio, ed invitarmi a contrapporre su quelli oggetti esistenti le osservazioni mie a quelle dei vostri e di voi.

§. 893.

Varia il *momento* di tale contestazione nei diversi sistemi. Nel sistema accusatorio si fa *avanti* qualunque prova con la *iscrizione* e *soscrizione* del libello accusatorio, e sua notificazione all' accusato. Nel sistema inquisitorio si fa *dopo raccolte le prove;* e incomincia col *costituto obiettivo* e con la *trasmissione* della inquisizione. Nel sistema misto si fa *dopo* raccolti nella istruzione *scritta* i materiali della prova, ma *innanzi* a che cominci la *vera* prova efficace, cioè quella *orale.*

§. 894.

La contestazione dell' accusa giungerà al suo complemento mercè le notificazioni delle quali parlo al paragrafo seguente; ma il suo primo sorgere bisogna necessariamente che si estrinsechi in uno *interrogatorio* verbale fatto dal giudice allo inquisito nell' incominciamento del processo. Lo interrogatorio *sommario* è tutto nello interesse del giudice, perchè unicamente tende ad accertarlo della identità dello individuo che ha sotto la mano, ed a conoscere le sue *qualità personali,* senza niente

Digitized by Google

per ora occuparsi della *materia* della inquisizione. A questa materia si accosta il giudice col così detto costituto, nome che prende per antica tradizione lo interrogatorio quando incomincia ad aggirarsi sull' argomento del processo. Ma in questa fase lo interrogatorio assume due *forme,* nell' una delle quali dicesi costituto (o esame) *piano,* nell' altra costituto *obiettivo* (§. 936). Queste due forme non hanno propriamente una separazione che impedisca loro di alternarsi; e nascono piuttosto dalla *natura* delle interrogazioni che dalla cronologia loro. Appartengono al costituto *piano* tutte quelle interrogazioni che tendono ad ottenere dal reo qualche informazione sopra una od altra circostanza: per esempio, sapete che Tizio fosse ucciso? Avete inteso dire come venisse a morte? Eravate amico o nemico di Tizio? Possedete armi? Avete mai esternato cattive intenzioni contro Tizio? E via così discorrendo. Tutte tali interrogazioni non più pertengono allo interrogatorio *sommario,* ed entrano nella sfera del costituto *piano;* e finquì non ha avuto esordio alcuna contestazione di accusa. Ma dopo ottenute dallo inquisito quelle informazioni ed averle poste in carta, il giudice passa ad obiettargli idee e fatti che starebbero in opposizione con quanto egli ha dichiarato. Voi diceste non avere avuto nimicizie con Tizio. Ma apparirebbe invece che fra lui e voi fosse sorta grave nimistà per tale o tale altra cagione. Voi diceste di non possedere armi, ma apparirebbe aver voi posseduto uno stile; e così di seguito. Ed in tal guisa si incomincia ad obiettare allo interrogato circostanze che preludiano al sospetto che egli sia

Digitized by Google

l' autore dell' omicidio di Tizio cominciando per conseguenza a contestargli la probabilità di una accusa. Poi la contestazione si rafforza e si ravvicina quando dopo la persistente negativa di quelle circostanze, si obietta al giudicabile che della sua negativa diffida la giustizia per i deposti di tali e tali testimoni, o per i tali e tali argomenti: e qui di nuovo si ricevono le repliche e deduzioni del giudicabile. Nulla osta che dopo questo preliminare di costituto *obiettivo* si torni dal giudice al costituto *piano* sopra altre circostanze. Per esempio: il giudice o nel corso dello stesso o di un successivo interrogatorio, ripiglia così — siete voi conoscente di Cajo? Avete voi mai parlato con lui della uccisione di Tizio? Se il giudicabile risponde negativamente allora il giudice passa ad un altro momento di costituto *obiettivo* dicendogli: eppure Cajo avrebbe deposto in giustizia che parlando secolui della morte di Tizio voi gli confidaste di esserne stato l'uccisore: e qui si raccolgono le risposte dello interrogato. Finalmente dopo avere in diverse sedute ottenuto il coacervo delle risultanze che possono tornare a carico o a discarico dello inquisito si deve chiudere il processo col finale e completo costituto *obiettivo*, tornando a contestargli ciò che contradice alle sue denegazioni o alle sue deduzioni defensionali: sempre analiticamente e distintamente per ogni circostanza, per poi finire col dirgli che per questo cumulo di argomenti la giustizia lo ritiene omicida, e che di ciò dovrà dar conto ai competenti Tribunali: ed ecco sintetizzata la contestazione della accusa, la quale poi verrà in seguito estrinsecandosi o nei decreti di invio,

Digitized by Google

o nel libello accusatorio, o nelle altre notificazioni richieste dal rito vigente. Questo è il metodo che deve rigorosamente osservarsi nella istruzione scritta se vuolsi agire con lealtà e desiderio del vero: e ciò tanto nel processo inquisitorio puro, quanto in quella preliminare istruzione scritta che costituisce il primo periodo del processo misto. Ed anche nello interrogatorio che si farà dello accusato al processo orale, vuole la logica che si alterni la interrogazione *piana* alla contestazione *obiettiva*, facendo sempre precedere la prima alla seconda. Nei processi scritti io stimo errore gravissimo quello in cui cadono certi giudici istruttori quando lavorano per mesi e mesi ad esaminare testimoni senza mai mettersi a contatto con lo inquisito. In tal guisa rischiano di condurre a gravi danni uno innocente, e rischiano ancora di smarrire le tracce di quella verità che tanto interessa alla pubblica giustizia. Il direttore del processo, il primo istruttore del giudice inquirente deve essere (dice saviamente Weiske) lo stesso inquisito, perchè è colui che sa le cose meglio di tutti. Il processo deve tener dietro alle verificazioni che lo inquisito designa come dimostrative dalla sua innocenza; e correndo su questa linea giungere alla conclusione della colpevolezza per mezzo della dimostrata impotenza dei mezzi di escluderla. Certi istruttori si preoccupano delle informazioni della polizia le quali accettano come se fossero fasci di splendida luce, mentre spesso non sono che romanzi. E spesso più ancora che romanzi sono artifizi maliziosi preparati dai veri colpevoli con false voci e denunzie ingannose per condurre la giustizia a rimanere fra le tenebre. Così avviene talvolta che

Digitized by Google

dopo parecchi mesi di dispendiosa istruzione si è costruito un processo che sembra un gigante mentre non è che la statua di Nabucco, la quale cade in frantumi al primo sfolgorare della verità recata innanzi dalla difesa. Io vidi talvolta in faccia ai giudici Magistrati pretesi titoli di assassinio convertirsi in omicidj legittimi; e processi che si dicevano rigurgitanti di prova dare per ultimo risultamento la più positiva innocenza. E perchè ciò! Perchè si era voluto lavorare nelle tenebre; e non cercare dalle labbra dello stesso inquisito le fila che dovevano condurre allo scuoprimento del vero. Eppure è una sentenza insegnata da venti secoli che la preoccupazione dell'animo è un vetro colorato il quale allucina anche i più accorti: e malgrado ciò molti processi si cominciano col fatale *deve esser così* invece di cominciarli col dire *esaminiamo come è;* si sostituisce la sintesi alle funzioni della analisi, e così si corre allo errore. Del resto nelle forme di tutte queste contestazioni devono sempre osservarsi le regole che accennerò a §. 938; ed i relativi precetti dei quali ebbero tanta cura gli avi nostri (1); e furono prolissi nello insegnarli e tenacissimi nel raccomandarne la osservanza, perchè comprendevano che il vero guardiano delle libertà civili è il rito nel procedimento penale. Oggi noi ci siamo troppo illusi nella fidanza della *oralità* e della *pubblicità*, ed abbiamo creduto che ciò bastasse a tutto, ed abbiamo dimesso lo amore delle cautele negli atti preambuli. Ma i nostri figli si illumineranno dalla esperienza, e quando avranno compreso che la pubblicità ed i giurati non bastano sempre a riparare i danni degli errori o della malevoglienza di uno

Digitized by Google

inquisitore, come lo Statuto ed il Parlamento non bastano sempre a proteggerci dalle insidie di un birro (2), torneranno allo amore di quelle guarentigie della libertà civile che si desiderano non soltanto contro la potestà legislativa e contro gli errori dei giudici decidenti, ma anche contro gl' influssi del potere esecutivo sulle preparazioni di una accusa eventualmente ingiusta: e già i più eletti spiriti del Belgio, della Germania, e di Italia si adoperano a questo intendimento con energici sforzi.

(1) Bannizza, che dettava nello Impero Austriaco il 1755 il libro che ha per titolo *systema jurisprudentiae criminalis, Viennae Austriae* 1755, raccoglieva su questo proposito minutissimi precetti. Per esempio al *Cap.* 9, §. 8, spiegava come ogni interrogazione debba cadere sopra una *unica circostanza,* sicchè lo interrogato possa rispondere per sì o per no senza che egli corra pericolo di rimanere illaqueato: e al §. 11 ricordava che il giudice non deve sedurre lo inquisito con allusioni di probabile *impunità* e *favore*: e al §. 16 riprovava il contegno di quei giudici che atterriscono con *brusca ciera* e minaccie lo interrogato, e più ancora quelli che lo *deridono.* Intorno alla contestazione dell' accusa può anche vedersi Greven *conclusiones juris, conclus.* 64, *consid.* 1, *pag.* 117, *Francofurti* 1603. Tutti poi sono d' accordo in teoria che quando fu contestato un titolo di delitto non possa poi procedersi a condanna per un titolo diverso quantunque analogo: ed in pratica è notabile la applicazione che di questa regola si fece dalla Corte Suprema di Palermo col Decreto 15 aprile 1872. Trattavasi di uno accusato per falsificazione di documento. Risultò non *essere autore* della falsificazione, ma poichè era apparso che egli ne avesse fatto uso scientemente, la Corte di Catania lo aveva condannato per *uso doloso* di falsa scrittura. La Cassazione di Palermo annullò quella condanna per mancata contestazione. Vedasi

Digitized by Google

questo caso nella *Giurisprudenza di Catania Anno* 2, *dispensa* 10 *e* 11, *pag.* 193. E quanto al modo con cui deve interrogarsi il giudicabile alla pubblica udienza vedasi Lacuisine *justice en Cour d' Assises da pag.* 215 *à* 293.

(2) A che mi giova il giudizio orale se per mia sventura lo inquisitore registrò nel verbale del mio costituto una dichiarazione totalmente contraria a quella che realmente si era emessa da me? Invano al pubblico dibattimento io persisterò a lamentare il funesto equivoco. Il giurato facendo il furbo troverà in ciò una malizia di malfattore o un suggerimento di patrono. Non può presumersi che il giudice abbia sbagliato: e le simpatie del Collegio saranno forse per questa impugnativa (apparsa audace e disperata) meglio guadagnate alla accusa. Datemi le guarentigie del Codice Annamita, che impone doversi i costituti vergare in faccia al giudice dal reo di propria mano, o da un cittadino di sua fiducia (quando egli nol sappia) appositamente chiamato; ed io vi regalo la oralità. Sulla questione della prevalenza di fede fra il funzionario che scrisse in una guisa e lo interrogato che viene a sostenere di aver detto in contrario, dissertò specialmente Buccaroni *de differentiis inter judicia civilia et criminalia differ.* 70, *Romae* 1624, e prima di lui Farinaccio *in tit. de fals. et simulat. quaest.* 158, *pars* 2, *n.* 154 *et seq.*

§. 895.

Oltre la notificazione in copia del libello accusatorio, il quale deve obiettare al reo il fatto e il titolo con tutte le sue particolarità e circostanze, attiene alla *completezza* della *contestazione* dell' accusa nel processo misto — 1.° la *comunicazione* di *tutti* gli atti, (1) documenti, e riscontri raccolti nella istruzione scritta — 2.° la *indicazione* degli elementi di prova che si produrranno al dibattimento orale (2).

Digitized by Google

Senza ciò la contestazione sarebbe *incompleta:* e quindi vizioso il giudizio.

(1) Paciani *Consil.* 135, *Augustae Vindelicorum* 1605.

(2) Qui appella la notificazione tempestiva, completa, e chiara della lista dei testimoni con semplice richiamo al processo scritto se sono *ripetuti,* e con accenno sommario dei *fatti* sui quali verranno a deporre se sono nuovi. Sarebbe inutile farmi sapere quali testimoni si porteranno contro di me se non mi si facesse al tempo medesimo conoscere la specialità per la quale vengono indotti. Vedasi Lacuisine *De la justice criminelle en Cour d' Assises pag.* 217 *à* 256.

§. 896.

La contestazione dell' accusa niente repugna che si faccia al reo *pede libero.* Pure nel sistema inquisitorio e misto prevale la regola che nei delitti *gravi* la contestazione dell' accusa sia preceduta o accompagnata dall' *arresto* del reo e dalla sua sottoposizione a *custodia preventiva* (1). E dicesi custodia preventiva la carcerazione usata contro un cittadino pel solo sospetto della sua copevolezza prima che egli sia convinto e condannato.

(1) Molti misero mente alle origini della custodia preventiva. Si cercò se ella fosse in costumanza appo i Greci, e parve doversi credere che no per lo esempio di Socrate che quantunque in pena di morte ebbe sempre fino all' ora suprema pienissima libertà, e per lo esempio di Milziade. Si sostenne che anche l' antica Roma nei tempi della Repubblica non avesse carcerazione preventiva; e si mantenne simile tesi con lo esempio di Coriolano, di Cerio Quinzio, dei

Digitized by Google

compagni di Catilina, e di altri: Ayrault *L'ordre, formalité, et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé, livre* 3, *n.* 27, *pag.* 411. Ma forse in quanto all' antica Roma non fu quanto ragione voleva da tutti avvertito l' uso larghissimo delle cauzioni, e la distinzione della *custodia non libera (in teterrimo carcere)* e la così detta *custodia libera,* che si faceva consegnando il giudicabile sotto guardia in una casa privata o in un castello o in una Città: Langleaus *semestrium lib.* 8, *cap.* 5, *pag.* 513 — Van Gennep *De cautione in re criminali a reo praestanda, Trajecti ad Rhenum* 1844; onde in Roma gli accusati alternamente *vel carceri, vel militibus, vel fidejussoribus, vel sibi ipsis tradebantur:* Lietaert *ad l.* 1, *ff. de custodia et exhibitione reorum, Luyduni Batavorum* 1758. Certo è però che sotto l' Impero la carcerazione pregiudiciale venne sempre più crudelmente allargandosi, quantunque anche in quel periodo meritino di esser notate come lampo di pietà la *l.* 5 e la *l.* 6, *C. de custodia reorum.* In quanto ai pratici può consultarsi Colero *Decisiones Germaniae decis.* 107, *Lipsiae* 1671 — Parisio *Consilia lib.* 4, *Cons.* 147, *pag.* 152, *Venetiis* 1573 — Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 13, *Venetiis* 1724 — Cabedo *decisiones Regni Lusitaniae, decis.* 56, *lib.* 1, *Antuerpiae* 1684 — Bannizza *systemata jurisprudentiae cap.* 5, §. 3. La custodia libera mediante cauzione era nelle istituzioni Franco Germaniche. Ma in Francia anche questa guarentigia fu ristretta e quasi tolta affatto per le troppo celebri Ordinanze del 1539 e del 1670. Federigo II l' ammise in Sicilia; ed in ciò fu coerente a quei più larghi principii per cui si segnalarono le riforme legislative di quel Principe filosofo. È a vedersi la *Constitutio humanitatis lib.* 2, *tit.* 10 *De his qui fidejussores dare possunt ne incarcerentur.* Ma la invasione Francese degli Angioini la volle abolita, e non fu ripristinata che da Giacomo di Aragona, e rimase dipoi come principio generale nelle leggi Sicule. Modernamente la carcerazione preventiva, che Molenes *(part.* 1, §. 1)

Digitized by Google

disse essere il più enorme fra tutti i diritti che l' autorità esercita sopra i cittadini, e che Mesnard con formula incisiva, ma vera, proclamò essere una *ingiustizia necessaria*, parve si volesse da alcuni recisamente abolita: Mably *Traité de législation livre* 3, *chap.* 4, *pag.* 287, *Lyon* 1796. Ma i più assennati studiarono invece i modi di ridurre questo supremo rimedio entro i più ristretti confini, e di alleviarne per quanto era possibile la durezza. Sono senza numero gli scritti dei pubblicisti e i tentativi dei legislatori contemporanei su questo vitale argomento che interessa gli uomini onesti più che i colpevoli. Putzeys *De libertate reis concedenda, Leodii* 1829 — Bertrand *De la détention préventive et de la célérité dans les procédures criminelles, Paris* 1862 — Champy in un articolo inserito nel *Journal de débats* 23 *décembre* 1862 — Laya *Les plaies légales, Paris* 1865 — Rey *Des institutions judiciaires de l'Angleterre tom.* 2, *pag.* 311, *Paris* 1839 — Ortiz de Zuñiga *practica judicial vol.* 2, *pag.* 481, *Madrid* 1861 — Picot *Observations sur le projet de loi réorganisant la mise en liberté provisoire;* nella *Revue Critique vol.* 26, *pag.* 344: e gli altri scritti dello stesso Picot *Recherches sur la mise en liberté sous caution* nella *Revue critique vol.* 22, *pag.* 233 *et vol.* 23, *pag.* 410; ove piglia in esame varie legislazioni Italiane — Helie *De l' instruction criminelle vol.* 5, §. 386, *pag.* 831, *Paris* 1845 — Reynaud *Détention préventive,* nella *Revue Critique vol.* 23, *pag.* 535 — Dessalles *Quelques réflexions sur la détention préventive, Paris* 1863. Non mancano però tuttavia certi spiriti eccentrici, i quali genuflessi ai due terribili altari della ferocia e della paura pretendono farsi patroni dello illimitato diritto di carcerare i sospetti. Harduin (*De la détention préventive, Paris* 1868) dopo avere a torto e a traverso tentato mostrare contro la storia che nella prisca Roma la carcerazione degli accusati era la regola, e la custodia libera era la eccezione, ed avere sostenuto che dove si carceravano i *debitori* è impossibile

Digitized by Google

credere che non si carcerassero i *delinquenti* (quasichè corresse parità fra il debito *certo* e il delitto *incerto*) propugna la sua tesi con un esercito di sofismi, dei quali basti ricordare uno: *se è legittimo il diritto di punire* (egli dice) *il delitto, è legittimo il catturare per sospetto: perchè dove il giudice sospetta che trovisi un delinquente si deve presumere che vi sia un delinquente.* Quale progresso! Si vedano le discussioni che ebbero luogo su questo argomento alla Accademia di Tolosa: *Annales* 1865, *pag.* 86. Intorno alle origini della custodia preventiva eruditissimo è il libro di Zucker *il carcere preventivo, Praga* 1873 *parte prima*, ove trovasi un riassunto bene ordinato (*pag.* 57 *e seg.*) dei frammenti del giure Romano su questo argomento.

§. 897.

Siffatta custodia preventiva considerata meramente rispetto ai bisogni della procedura, non potrebbe essere che brevissima: tanta quanta è necessaria per interrogare il reo, ed avere dalla sua viva voce tutti quelli schiarimenti che la istruzione può desiderare. Dopo ciò non vi sarebbe per questo lato ragione di ritenerlo. Laonde il suo prolungamento in faccia alla rigorosa ragione sarebbe ingiusto, perchè pecca di petizione di principio. Pure si ammette come una necessità politica ormai riconosciuta per i seguenti bisogni — 1.° bisogno di *giustizia;* per impedire la fuga del reo — 2.° bisogno di *verità;* per impedirgli di intorbidare le ricerche dell' autorità, distruggere le vestigia del delitto, intimidare i testimoni — 3.° bisogno di pubblica *difesa;* per impedire a certi facinorosi di continuare pendente il processo nei loro attacchi al diritto altrui. Queste stesse ragioni mostrano che

Digitized by Google

la custodia preventiva non è tollerabile tranne nei gravi delitti od in quelli che quantunque meno gravi presentano probabile sospetto di ripetizione, e che possono dirsi delitti abitudinarii (1); e che deve cercarsi di temperarla col provvedimento della liberazione provvisoria mediante cauzione.

(1) Le cautele con cui la legge provvegga a restringere le custodie preventive, sono il criterio su cui deve giudicarsi il grado di rispetto accordato alla libertà civile di un popolo. In molti paesi, che si credono liberi, si lascia all' arbitrio di un giudice lo arrestare un uomo sospetto anche per delitto lievissimo. In Toscana (fino al 1865) tranne casi di eccezione non si decretava il carcere preventivo, se il titolo obiettato non poteva condurre a pena di carcere oltre due anni. Il nuovo codice penale che nel 1861 è stato pel Regno di Baviera sostituito al codice Francese che tuttavia reggeva la Baviera Renana, e al codice di Feuerstein che dal 1813 governava il restante del Regno, ha esteso anche più oltre codesto limite; escludendo soltanto il caso dei vagabondi, forestieri, e recidivi in furto, od in falso. È sperabile che l' esempio della Baviera eserciti sulla Europa una influenza maggiore di quella che non esercitò l' esempio toscano. Sono interessanti a vedersi su questo argomento le osservazioni del Paoli nei suoi *studj di Giurisprudenza Italiana comparata cap.* 14 *e* 15. Elevarono i dottori speciale disputa sul punto di sapere se il giudice possa cominciare il processo dalla cattura del reo, negandolo molti contro Bartolo e Baldo; e di tale questione (che in sostanza cade sulla necessità di una prova preambula) si occupò Bannizza *systemata jurisprudentiae cap.* 5, §. 1 *et* 2, *et* §. 4, ove raccoglie gran copia di dottrine.

Digitized by Google

§. 898.

La legge deve prestabilire tassativamente i *casi* in cui la custodia preventiva può aver luogo, restringendone l' uso per quanto è compatibile coi suddetti bisogni. Deve pure la legge vegliare con opportune provvisioni onde non si abusi della *segreta;* trista appendice della custodia preventiva. *Segreta* vuol dire carcere con segregazione incessante del carcerato da ogni comunicazione. Il primo ed il terzo dei suaccennati bisogni (della giustizia, e della difesa) niente affatto condurrebbero a questo isolamento, tostochè il recinto in cui si chiude l' inquisito fosse abbastanza sicuro ad impedirgli di evadere, o di correre a nuovi delitti. È il secondo dei suddetti bisogni quello che ha fatto inventare l' orribile supplizio della *segreta;* che s' infligge per mesi, e talvolta per anni, ad un disgraziato del quale non ancora si conosce se sia colpevole od innocente. Dico supplizio, perchè tale è di natura sua il trovarsi solo senza poter cambiare una parola con le persone di famiglia, o verso cui ci legano le nostre affezioni; e delle quali a stento ci pervengono le notizie a traverso gl' infidi messaggi dei carcerieri. Ma tale si rende ancor più perchè in generale nelle costruzioni carcerarie i luoghi di *segreta* sonosi fatti nel precipuo scopo di allontanare il detenuto da ogni comunicazione coll' esterno; e si è guardato a questo più che ad altro. Laonde nella maggior parte delle prigioni di Europa le segrete sono le peggiori stanze dello stabilimento: e trattasi peggio il cittadino che ha sempre sulla fronte la

Digitized by Google

presunzione di innocenza, di quello non si tratti il colpevole già condannato. I governi provvidi hanno dato e danno opera a migliorare questa condizione infelice. Ma provvedere alla situazione materiale non basta. Dovrebbesi anche con ordinamenti positivi impedire il prolungamento soverchio di questo isolamento, il quale anche spogliato di ogni altra fisica angustia, è durissimo come patimento morale. E vorrei sperare che la civiltà progrediente fosse per apportare riparo anche a questo male, se non vedessi che gli orrori della *segreta,* ed i patimenti del misero che colà giace incerto del suo avvenire, si elogiano da certuni con fanatico zelo. In una opera scritta da un magistrato rispettatissimo, e ripubblicata testè in Francia per servire di manuale ai giudici d' istruzione, leggesi raccomandato l' uso delle *segrete* come mezzo utilissimo per fare un bel processo: mezzo del quale se si approfitti un abile inquisitore, alternando il prolungamento della *segreta* con accorti interrogatorii, riesce quasi sempre a condurre lo inquisito alla desiderata confessione del delitto. Leggo questo insegnamento: e vi scorgo pur troppo una terribile verità. Vale a dire non esser morto ancora il seme dei C o v a r r u v i i e dei P u t e i, che insegnavano doversi usare dall' inquirente ogni arte ed ogni sutterfugio per istrappare la confessione dal reo; ed esser lecita persino la menzogna a codesto santissimo fine: non esser morto il seme di coloro che segretamente rimpiangono l' abolita tortura. Avvegnachè la *segreta,* adoperata nel senso che come sopra s' insegna, altro non sia che una tortura mascherata. O conducasi il reo a confessare col mezzo di pati-

Digitized by Google

menti fisici, o col mezzo di patimenti morali e della disperazione di non veder mai il termine di uno stato d' isolamento divenuto orribile; è sempre tortura: è la tortura predicata nel secolo decimonono. Io concordo benissimo con lo insigne magistrato che la eterna *segreta*, della quale il solitario non vede il termine tranne in una confessione, sia dalla esperienza mostrata utilissima a condurlo a questa. Ma dico altresì che è cosa iniqua il giungervi per codesti mezzi; e dico che la *esperienza* mostra del pari (1) che con codesti mezzi si fa confessare l' innocente non meno che il colpevole: e che la *segreta* usata a codesto fine ha della tortura anche l' assurdo, ed il vizio di lasciare esitanti sulla veridicità della confessione.

(1) Valga per tutti il fatto recentissimo di Rosaria Dolce che imputata di parricidio, stanca della segreta divenutale (come essa poi dichiarò) più terribile della morte, si confessò colpevole del parricidio e del successivo furto, benchè niente avesse partecipato nè all' uno nè all' altro. Fu condannata alla galera a vita dalla Corte di Assise del Nord il 13 agosto 1861; poichè volle fortuna che le circostanze attenuanti ammesse dai giurati impedissero le si mozzasse la testa. Poi scoperti i veri autori del latrocinio, furono essi condannati nel capo. Onde annullati per contradizione i due giudicati, Rosaria Dolce fu ricondotta a giudizio avanti la Corte di Assise della Somme, che con sentenza del 19 novembre 1862 la proclamò innocente, e condannò a morte il vero assassino Vauhalwyn. Ecco una confessione ottenuta col mezzo della disperazione delle *segrete!* Ne esultino i Covarruvii moderni. Vedasi la lettera di Odillon Barrot relativa a questo fatto inserita nel giornale le *Temps* del 26 novembre 1862: *toute la responsabilité de cette fatale erreur*

Digitized by Google

pese sur ceux qui avaient arraché cet aveu, et sur la torture morale qui l' avait produit.

§. 899.

Ove la custodia preventiva, e così l' arresto del reo, possa aver luogo, le regole che devono dominare tale arresto sono le seguenti — 1.° che (tranne i casi di *flagranza* (1) *o quasi flagranza)* non possa alcuno essere arrestato senza mandato di giudice — 2.° che il giudice non corra a decretare l' arresto se della delinquenza non ha *sufficienti* indizi — 3.° che in *certi casi* debba ammettersi la liberazione *provvisoria* sotto *cauzione* (2) — 4.° che il reo non debba soggettarsi a *violenze* e *rigori* eccedenti la mera necessità di *arrestarlo,* di *custodirlo,* e di *segregarlo* (3) — 5.° che appena arrestato debba *esibirsi* all' autorità competente — 6.° che debba potersi arrestare in qualunque *giorno, ora,* e (salve le debite forme) in qualsivoglia *luogo* (4). E tuttociò fermo stante il principio che in caso di successiva condanna debba dalla pena sottrarsi tutto il tempo della *diutina* (5) carcerazione, come ho detto a §. 727. Ma ripeto che ciò appella alla teorica del grado nelle pene, e non alla procedura.

(1) Il colpevole sorpreso dalla pubblica forza nell' atto in cui consuma la violazione di un diritto deve essere indistintamente arrestato, perchè l' agente della pubblica forza non può giudicare se il titolo criminoso che emerge da quel fatto porti o no la carcerazione preventiva. Ma la pubblica forza deve immediatamente *esibire* lo arrestato in flagrante al prossimo magistrato: il quale conosce competentemente se il fatto

Digitized by Google

merita o no la detenzione preambula. Questa cautela basta ad impedire gl' inconvenienti ai quali in Francia si è recentemente dovuto ovviare con la legge del 20 maggio 1863: vedasi la *Revue Critique vol.* 23, *pag.* 97. Una buona legge generale sulla custodia preventiva avrebbe renduto inutili cotesti parziali provvedimenti. Sulla specialità della *flagranza* appo le antiche leggi vedasi Gahbler *De flagranti delicto maxime ex juris Graeci Romanique praeceptis, Bonnae* 1851.

(2) Sulla liberazione mediante pagheria nella antica pratica è a vedersi Rolando a Walle *lib.* 1, *cons.* 38. Bisogna però essere cauti a non confondere la cauzione richiesta a causa del *pericolo di nuovi reati (cautio de non offendendo — assurement* dei Francesi) con la cauzione liberatoria, di che si parla a questo luogo. Quella serve a procacciare che l' uomo sospetto più non rompa la pace, e si perde in caso di nuove offese. Questa serve a guarentire che quell' uomo sottratto oggi alla detenzione si presenterà al giudice ad ogni sua richiesta, e si perde in caso di fuga o mancata comparsa, come in caso di obbedienza si scioglie quantunque risulti la colpevolezza. La prima di queste cautele niente ha di comune con la seconda: decretare la prima è ufficio di polizia; decretare la seconda è ufficio di magistrato. Eppure Bonneville (*améliorations pag.* 183) evidentemente confuse l' una con l' altra, insinuando che lo *assurement* si decretasse dai Pubblici Ministeri, così anche più completamente trasformati in presidenti di polizia. La liberazione della quale qui si parla neppure ha niente di comune con quella che voglia darsi ai *condannati* per esimerli anche prima della completa espiazione dal rimanente della pena che dovrebbero subire, e ciò in via di esperimento della loro emenda. Sistema che molto si vagheggia oggidì, e del quale si fece largo esperimento in Inghilterra per impulso di Lord Grey mercè una legge del 1853 che introdusse i così detti biglietti di congedo. A questa liberazione può bene senza anfibologia accordarsi il nome di liberazione provvisoria, perchè in faccia a colui che in forza

Digitized by Google

di una rejudicata è dichiarato colpevole e sottoposto ad una pena può bene dirsi che lo stato *normale* giuridico sia la carcerazione per tutto quel tempo che la sentenza impone, e che lo stato di libertà sia una eccezione meramente provvisoria. Ma ciò non appella al luogo presente bensì ricade nella teorica delle penalità. Alla procedura attiene quella che chiamasi libertà provvisoria di un inquisito pendente il processo; ed è qui dove a me sempre parve anfibologica e derisoria la formula *libertà provvisoria:* perchè in faccia ad un uomo assistito tuttavia dalla presunzione di innocenza repugna che si dica *provvisorio* lo stato di libertà; e così stato normale, lo stato di detenzione. Ciò contradice alla confessione che da tutti si fa della *ingiustizia radicale* contenuta nella detenzione preventiva, tollerata soltanto come una necessità. È questa la misura che più di tutto richiama la attenzione dei giuristi, perchè se la anticipata liberazione di un colpevole già condannato può essere consigliata dalla *umanità* e dalla *politica,* restituire al più presto possibile in libertà un uomo che si presume innocente è invece un atto di *giustizia.* In Francia dello alleggerimento delle detenzioni preventive i legisti sonosi novellamente occupati, come si espone da Morin *art.* 8112, *et* 8868: in Belgio se ne occuparono fino dal 1852 con la legge del 18 febbrajo, e con intendimento sempre umanitario.

(3) Di quante leggi io abbia incontrato dirette ad impedire i soverchi rigori che si esercitino contro gli arrestati ed i carcerati mi ferma sopra tutte il codice Annamita per le disposizioni che detta al *lib.* 3, *sez.* 4. Vedasi Aubaret *tom.* 2, *pag.* 9. Sulla origine delle manette delle quali gli agenti della pubblica forza usano a danno degli arrestati tanto più volentieri quanto più sono vigliacchi, vedasi Kerk *de jure numellarum, Lipsiae* 1719.

(4) Sulla origine degli asili vedasi Binger *de asylorum origine, usu et abusu, Lugduni Batavorum* 1828 — Barthel *opuscula juridica varii argumenti tom.* 2, *opusc.* 6 *de jure asyli, Bambergae* 1756: e quanto ne accenna il

Digitized by Google

chiarissimo prof. P. Ellero nello scritto intitolato *origini storiche del giure penale.*

(5) A quanto scrissi al §. 727 si aggiunga Fontanella *decisiones decis.* 257, *n.* 23, che è novella testimonianza della antichità di questa pratica: e Paoli *studj di giurisprudenza comparata cap.* 15, *pag.* 154, che ne dimostra la convenienza.

CAPITOLO XIII.

Della prova.

§. 900.

Prova in genere dicesi tutto ciò che serve a renderci *certi* della *verità* di una proposizione. La *certezza* è in noi: la *verità* è nei fatti. Quella nasce dalla creduta cognizione di questa; ma per la fallibilità umana può aversi quella dove questa non è, e viceversa. Solo in Dio verità e certezza si unificano, cessando di essere l'una tutta obiettiva, e l'altra tutta subiettiva.

§. 901.

Rapporto ad un fatto possiamo trovarci in quattro stati diversi: o di *ignoranza:* o di *dubbio:* o di *probabilità:* o di *certezza.* Tuttociò che serve a farci progredire dal primo stato verso l'ultimo dicesi *prova.* Si dice *piena* la prova quando ci ha portato alla *certezza:* se alla sola *probabilità,* è *semipiena.* Questa non è sufficiente a concludere la colpevolezza (1). Se la certezza è l'unica base della condanna, bisogna però ricordare che la probabilità

Digitized by Google

è necessaria a legittimare l' accusa. E sebbene Cicerone *(pro Roscio cap. 20)* sembrasse desiderare una certa larghezza nello inviare a giudizio, perchè in quel sistema lo invio non portava a *teterrimo carcere,* non è però a credersi sulla sua autorità che senza una prova almeno *semipiena* possa decretarsi un giudizio.

(1) Parve ad alcuni che ad irrogare le pene semplicemente pecuniarie dovesse dirsi bastevole anche la prova *semipiena,* ma questa è una distinzione cerebrina e priva di ragione: Oldekops *contra Carpzovium, decas* 3, *quaest.* 8. Nè credo che sopra tale questione possa avere influsso la distinzione con vario concetto dettata da alcuni codici fra *multa* ed *ammenda.* Si è discusso recentemente in Germania con grande interesse la questione se l' ammenda prescritta dal codice Tedesco alli §§. 188, 231 debba considerarsi come una *pena* a favore del privato o come una *indennità;* e nel modo di vedere di quei giuristi porterebbe ciò ad una differenza sostanziale. Certo è che in faccia all' attuale codice Tedesco essendosi letteralmente stabilito che quando per un delitto che offese l' individuo siasi decretata l' *ammenda* non debba più farsi luogo a condanna di *indennità,* la questione, per quanto a me sembra, perde molto del suo interesse. Ma nonostante è sempre efficace la distinzione non solo sotto il punto di vista della procedura, ma anche sotto quello dei criterii che assumerà il giudice nel valutarne la quantità. Perchè se l' ammenda è un' *indennità* il giudice non potrà di soverchio estenderla al di là dei danni effettivi patiti dal leso: laddove se è una *pena* privata il giudice potrà largheggiare anche più a favore del leso tenendo conto eziandio dei dolori morali, dei pericoli, e della malvagità dell' atto. Dissertò su questo argomento Dochow Professore alla Università di Halle *(Hala Saxonum)* sotto il titolo — *L' ammenda nel diritto penale e nella procedura,*

Digitized by Google

Jena 1875. Si è poi abusato affatto della distinzione fra *multa* ed *ammenda* dai codici italiani che hanno voluto trovarne la delimitazione nella *quantità*. Questo criterio è affatto empirico e privo di ogni ragione giuridica. Ciò che deve distinguere l' *ammenda* dalla *multa* deve essere un criterio ontologico, nascente o dalla *natura del fatto* contro il quale si infligge o dalla persona a profitto della quale essa si versa. Distinguere l' una dall' altra per il criterio di una lira più o di una lira meno non ha alcun senso giuridico.

§. 902.

Considerata dai filosofi negli elementi dai quali può in noi derivare, la *certezza* si dice *metafisica*, quando si desume dal solo raziocinio, *fisica* quando si desume dai sensi corporei, *morale* (o storica) quando si desume dalle altrui attestazioni. La *certezza* metafisica è *necessaria;* la fisica è *costante;* la morale *contingente*. In tutte può insinuarsi l' errore. Ma nella metafisica lo errore non può aver causa che da un *vizio logico:* nella fisica oltre il vizio logico può aver causa dalla *allucinazione dei sensi:* nella storica, oltre il vizio logico e l' allucinazione, può aver causa anche dalla *menzogna* di chi ci attesta come verità una cosa falsa. Laonde (checchè siasi disputato in contrario da Filangieri, Brugnoli, ed altri) pare esatta la regola che la certezza metafisica prevale alla fisica, e questa alla storica.

§. 903.

Pure nei giudizi criminali, in ciò che attiene alla verificazione del *fatto*, non è possibile ottenere nè

Digitized by Google

la certezza *metafisica pura*, nè la *fisica*: e bisogna contentarsi della *istorica*.

§. 904.

Ciò è concordato da tutti quanto alla certezza metafisica. Ma taluni credono che il giudice criminale possa talvolta ottenere anche la certezza *fisica* del delitto: lo che si vuole esemplificare nel caso in cui esso verifica con gli occhi propri la *traccia* o gli *effetti* di un delitto; o si convince per il *pallore* o il *pianto* del reo. Sembra però che qui si cada in equivoco; poichè il giudice in questi casi si accerta *fisicamente* di un *fatto diverso* dal delitto: e poi da questo fatto argomenta il delitto. Ma in tal senso il giudice dovrebbe dirsi aver la certezza fisica anche quando crede a un testimonio che *ode*, o del quale *legge* il deposto. Il giudice in quei casi si è *fisicamente* accertato che il reo ha pianto, che quella macchia è sangue, come si è *fisicamente* accertato che il testimone *ha detto;* ma per convertire la certezza di cotesti *fatti* nella certezza del *delitto*, esso ha bisogno di procedere oltre; e trarre questa seconda certezza o dal *raziocinio* nei primi casi, o dalla *fede* nel testimone nell' ultimo caso.

§. 905.

Certezza meramente *fisica* del *delitto* non può averla legittimamente il giudice, che nel caso di delitti commessi innanzi a lui in udienza; dei quali la legge lo autorizzi a prendere immediata cognizione. Perchè se fosse stato accidentalmente testi-

Digitized by Google

mone del delitto che è chiamato a giudicare, ei non potrebbe (giusta la savia distinzione insegnata modernamente dal Bonnier, in confutazione della contraria dottrina del Bartolo (1) riprodotta dal Gabriel) valersi di questa sua personale certezza a fine di *condannare*; perchè unirebbe le funzioni di giudice e di testimone illegittimo.

(1) Argomento dalla *leg.* 6, §. 1, *ff. de off. praesid.* combattuto fra gli antichi da Cujacio, Donello, Gotofredo, ed altri: Scaccia *de judiciis, Coloniae Agrippinae* 1738, *cop.* 80 — Marchiselli *Sylva quaestionum juris quaest.* 20, *pag.* 27, *Francofurti* 1702. Il Duranti (*speculum juris lib.* 2, *de sententia* §. 1, *sententia qualiter sit ferenda*) narra il seguente aneddoto. A Bologna un uomo ne uccise un altro nella pubblica strada di pieno giorno: il Potestà che stava alla finestra vide consumare il delitto. Arrestato l'omicida non fu possibile raccogliere alcuno indizio contro di lui. Il Potestà voleva nonostante sottoporre l'omicida alla tortura. Ma consultato Azone ed altri Professori della Università risposero unanimemente che egli non poteva farlo: e non fu fatto. Avrebbero oggi uguale delicatezza di coscienza certi moderni inquisitori?

§. 906.

La prova pertanto nei giudizi criminali, mercè la quale viene a conoscersi la colpevolezza o innocenza dell'accusato, non può ottenersi che col presidio di *attestazioni*, per le quali il giudice si renda certo intorno a ciascuna delle sette particolarità che furono descritte in quel verso — *quid, quis, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* — e che tutte in qualsivoglia delitto esigono dal giudicante una particolare soluzione.

Digitized by Google

§. 907.

Coteste particolari affermazioni discendendo dalle valutazioni degli elementi sui quali si costruisce la prova, il presente argomento conduce naturalmente a duplice esame: — 1.° del *principio* su cui deve costruirsi la certezza in criminale — 2.° dei *fonti* materiali da cui può sorgere. Ond' è che il presente capitolo si suddivide in due articoli.

ARTICOLO I.

Dei due principii *della certezza in criminale.*

§. 908.

Nei giudizi criminali, ove si vogliano condurre all' obietto loro con ordine razionale, e non convertirli in un rito superstizioso, o in un giuoco di forza, non può il risultato definitivo della prova essere adagiato che sull' uno o sull' altro di questi due principii: o la *certezza morale della legge;* o la *certezza morale dell' uomo* (1).

(1) Modernamente il chiarissimo prof. Pietro Ellero nel suo bel libro *della critica criminale*, ha ideato come possibile, e lodato come conveniente, un terzo sistema, ch' ei dice *certezza legale impropria;* che (se male non ne afferrai il concetto) consisterebbe nello stabilire per opera di legge la necessità di un dato grado di prova per la condanna, senza rendere la condanna stessa precettiva ed obbligatoria pel giudice in modo assoluto, neppure nel concorso di quello.

Digitized by Google

La teorica di Ellero (se male non la intendo) avrebbe avuto la sua pratica applicazione nel regolamento di procedura Austriaco del 1873, §. 260, dove le prove legali sono stabilite per impedire al giudice di condannare quando le medesime non concorrono, ma gli è fatta altresì licenza di dichiarare insufficienti le prove legali quando nella sua critica e nella sua coscienza non si sente tranquillo della colpevolezza malgrado il concorso di quelle.

§. 909.

Il principio della *certezza della legge* si prende a base dell' affermazione o negazione della prova, nel sistema così detto delle *prove legali.* Esso consiste in questo: che la legge definisca *a priori* quali condizioni di prova da lei si esigono perchè si abbia la *prova piena;* quali perchè si abbia la *semipiena.*

§. 910.

Cotesto sistema opera l' effetto che il giudice, benchè non convinto nell' animo suo della reità, debba pur condannare se ha la *prova legale;* e viceversa: purchè renda conto in sentenza dei fonti da cui rileva il grado di prova che afferma. E per la difficoltà pratica di avere piena prova dei delitti che il facinoroso occulta con ogni studio, conduce come sua necessaria conseguenza alla condanna con prova *semipiena;* rendendo ciò tollerabile col ricorrere alla *gradazione* delle pene sulla proporzione delle prove. Questo sistema generalizzò la tortura, come mezzo creduto attissimo ad ottenere la confessione del reo, riputata in cotesto ordine di

Digitized by Google

idee la regina delle prove. È pure una necessità di tale sistema la procedura *scritta,* senza la quale non è possibile costruire un processo col metodo *inquisitorio.* Esso ammette la *revisione* dei giudicati. Lo svolgimento più completo del sistema della prova legale nell' ultimo suo progresso mi sembra di trovarlo attuato nel codice d' istruzione criminale pubblicato in Prussia l' 11 decembre 1805 (1). Ivi si permettono i mezzi coercitivi per far confessare il reo, proscritta però la tortura. Si abolisce l' antico sistema alemanno di rimettere il giudizio criminale sul processo scritto a dei collegi di sapienti o facoltà universitarie. Costituiti dei permanenti tribunali criminali si commette loro di giudicare appellabilmente sulla procedura scritta. La prova si divide in *piena* o *completa,* che sola può far luogo alla pena ordinaria; e prova *incompleta,* che può far luogo a pena *straordinaria,* o ad una *sospensione d' istanza.* Per la prova completa si richiede o la confessione legittima, o i documenti, o le deposizioni di due testimoni ineccezionabili. La prova indiretta o indiziaria, non basta che alla punizione straordinaria. Tutta la classazione degl' indizi vi si trova riprodotta. Il conflitto degl' indizi obbliga alla sospensione, accompagnata in certi casi dalla sorveglianza. Insomma questo codice presentò l' ultimo riassunto del metodo della prova legale. Ma anche la Prussia dovette cedere al movimento Europeo. E con la legge del 17 luglio 1846 vide istituirsi il giudizio orale e il metodo della intima convinzione, come già in Toscana era avvenuto per la riforma giudiciaria del 1838.

Digitized by Google

(1) E meglio dopo il 1838 dalle leggi e regolamenti Sassoni ordinati illustrati e sapientemente svolti da Carlo Weiske nel suo libro che ha per titolo *Manuale di procedura penale*, del qual libro io procurai la versione Italiana e quindi la sua pubblicazione a stampa con l'ajuto degli infaticabili e benemeriti editori Cammelli di Firenze nell'anno 1874. In quel volume io procurai si riunisse alla versione del Weiske la ristampa del nuovo regolamento di procedura penale Austriaco del 23 maggio 1873. E così credetti (come già dissi là a pag. 264) di fare cosa utilissima alla gioventù nostra studiosa delle cose penali, porgendo loro in un volume riunito le ultime fasi del processo inquisitorio in Europa e lo esemplare dei conati fatti dal progresso legislativo per riavvicinare il giudizio misto al sistema accusatorio.

§. 911.

Il principio della *certezza dell'uomo* si prende a base dell'affermazione o negazione della prova, nel sistema così detto della *intima convinzione*. Esso consiste in questo: che la legge niente si occupi degli elementi di prova pei quali il giudice dichiara constare del delitto; a lei basta che l'uomo cui viene affidato questo grave ufficio si dichiari convinto. Cotesto sistema opera che il giudice, anche a fronte di una prova che si direbbe pienissima, possa dichiararsi non convinto, ed assolvere: e viceversa che egli possa condannare senza nessune, ed anzi contro le più aperte testimonianze, e senza debito di render conto del perchè condanna. Questo sistema non ammette mezza convinzione, nè degradazione di pene desunta (ostensibilmente almeno) dalla inferiorità della prova. Esso è l'unico congruamente adattabile al processo accusatorio, e il

Digitized by Google

più conforme alla indole del processo misto. Dispensa dalla procedura *scritta;* e non ha niente bisogno di giudici giureconsulti. Esso non si presta alla *revisione* dei giudicati (1).

(1) Intorno al sistema della intima convinzione dissertarono Swaving *de judicis animi sententia, in criminalibus optima judiciorum moderatrice, Lugduni Batavorum* 1826, Abegg *de sententia condemnatoria ex solis indiciis haud admittenda, Vratislaviae* 1838: e più largamente Mittermaier nel suo libro *del processo orale,* ed in altri suoi scritti.

§. 912.

Siccome però tanto nell' uno quanto nell' altro metodo la legge deve definire, nell' uno le condizioni *intrinseche,* nell'altro le sole condizioni *estrinseche* delle prove; così sta bene che alle prove criminali si adatti sempre il predicato di *atti legittimi* (1), col quale le definì Carmignani.

(1) Nel sistema delle prove legali la prova deve esser legittima e nella *forma* e nella *sostanza;* e così sotto ambo gli aspetti offre argomento di una *dottrina giuridica.* Nel sistema della intima convinzione deve essere *legittima* nella forma, e soltanto *razionale* nella *sostanza.* E così sotto il primo aspetto offre argomento di una dottrina *giuridica:* non più sotto il secondo.

§. 913.

Il sistema della intima convinzione è storicamente il più antico; come è storicamente più antico il tri-

Digitized by Google

bunale composto di cittadini anzichè di legisti, vale a dire la *giuria*. In Grecia ed in Roma giudicavasi per convinzione, ed anche sotto l' Impero. Poscia le nordiche irruzioni, e la cresciuta prevalenza della ignoranza e della forza introdussero le ordalie e i duelli giudiciarii (1). Ed allora non fu più nè prova legale, nè intima convinzione: poichè l' ufficio del giudice si restrinse a verificare se l' accusato era uscito o no vittorioso dallo esperimento; se si era purgato; se il suo campione aveva o no vinto la pugna. Quando nel decimoterzo secolo cotesta foggia torta di giudicare screditossi sotto gli anatemi del quarto concilio Lateranense del 1215 (2), nacque il processo inquisitorio; la giustizia penale venne in mano dei legisti; e dessi crearono il sistema delle prove legali. Sistema in allora benefico alla umanità. Perchè in faccia a leggi inique che vennero a minacciare penalità esorbitanti, e la morte per quasi tutti i delitti, fu un utile mezzo ad addolcire il rigore delle pene la facoltà di degradarle per una deficienza di prova. Da quell' epoca fino a noi prevalse generalmente in Europa cotesto sistema delle prove legali, tranne in Inghilterra, strenua conservatrice della giuria. Di qui gli innumerevoli trattati giuridici sorti in Italia, in Francia, in Germania per dettare le regole sulle quali dovea la prova legale misurarsi dal giudice. Quando però la civiltà odierna non più si appagò dei progressi del secolo XIII, e delle tradizioni del processo inquisitorio, sorse, come si è veduto (§. 850) il processo *misto;* risorse la pubblicità dei giudizi penali; e come corollario riconquistò signoria il principio della intima convinzione.

Digitized by Google

(1) Innumerevoli sono gli scritti che ricordano le diverse forme con le quali si compivano quelle solennità che uomini superbi osavano chiamare giudizi di Dio. Può vedersi, la dissertazione dell' Hein che forma il *cap.* 5 della *dissertat.* 2 del Besoldo *discursus politici singulares de reformatione et coactione subditorum, Argentorati* 1647 — Hommel *jurisprudentia numismatica pag.* 127 — Meyer *storia delle istituzioni giudiciarie vol.* 1, *pag.* 241, *Prato* 1839 — Tissot *droit pénal vol.* 2, *pag.* 510, *et* 513. Certo è che di cotesta forma risalgono le tradizioni fino ai libri biblici; *Numeri, cap.* 5, *vers.* 27. È oggi di moda la facile mostra di spirito e i giudizi di Dio generalmente si ricordano come un fatto ridicolo. Ma un costume che ha governato moltissimi popoli per il corso di parecchi secoli riverito e rispettato universalmente in quei tempi, non può trattarsi con tanta leggerezza. Doveva esservi una ragione che facesse tranquilla la coscienza di quelle genti sulla verità di quei giudizi, i quali, alle ripetute e continuate proteste degli innocenti che ne fossero rimasti vittime, avrebbero dovuto più presto cadere in discredito. Al miracolo continuato in ogni caso di accusa non si può credere. Dunque bisogna credere a quella forza meravigliosa della immaginazione e della fede che spiegò sì potenti effetti nella antichità. Chi si sentiva realmente colpevole soccombeva in quei giudizi per la credenza del vero intervento della divinità e per la coscienza di meritarne i fulmini. Chi sentivasi innocente trovava la forza di superarli nella viva credenza dell' ajuto divino. Non tutti i risultamenti di quei giudizi erano frodi sacerdotali. Molti avevano una causa naturale nella credenza; e la fede nel miracolo faceva il miracolo. Questa osservazione non è mia. Io la tolgo dall' opera eruditissima del Siciliano Vito La Mantia che ha per titolo *Storia della legislazione civile e criminale di Sicilia comparata con le leggi italiane e straniere dai tempi antichi fino ai presenti, Palermo* 1866. Degli scritti di La Mantia piacemi fare questa speciale menzione, perchè poco o nulla cono-

Digitized by Google

sciuti sul continente. Essi sono il frutto di profondi e laboriosi studi, ed hanno dato alle scienze un vero tesoro di erudizione in ordine alla storia della legislazione Siciliana. Noi non conoscevamo neppure la esistenza di un' opera tanto insigne. Soltanto in quest' anno un generoso dono dell' autore ne ha arricchito ad un tempo la mia Biblioteca e la Biblioteca pubblica della Università di Pisa, ed io ho voluto rendere al La Mantia a questo luogo pubblica testimonianza di gratitudine, e al tempo stesso additare ai giovani studiosi un ottimo libro al quale possono i loro intelletti illuminarsi sulle vicende della legislazione penale nel mezzogiorno di Italia.

(2) Huc *influence du droit canonique sur le droit pénal.*

§. 914.

Questo principio ha tutta la sua razionalità se si congiunge alla istituzione dei giurati (1).

(1) Diverso sostanzialmente dalla *Giuria* è l' ordinamento così detto degli *Scabini,* antichissimo in Germania, e mantenuto anche fino ai nostri giorni nell' Oldenburgo, in Brema, nell' Annover, Assia elettorale e Baden. Nella Giuria il verodetto sul fatto si pronunzia dai giudici popolari e il giudizio sul diritto dalla Corte composta tutta di Magistrati; e questi due corpi deliberano e pronunciano separatamente e indipendentemente l' uno dall' altro. Lo Scabinato consiste nel formare un Tribunale *misto;* composto cioè di giudici permanenti e di cittadini. Il Tribunale così composto delibera collettivamente sul fatto e sul diritto. Comprendesi che in questa istituzione mista la maggiore o minore guarentigia della sua indipendenza sta tutta nella proporzione del numero, perchè se i Magistrati soverchiano di numero i cittadini ridurranno facilmente costoro alla funzione di meri testimoni per il disprezzo che ne hanno; e il voto dei giudici popolari non avrà

Digitized by Google

preponderanza se non nel caso che sia nata discordia fra i giudici Magistrati. Se invece prevale il numero dei giudici popolari lo equilibrio può meglio mantenersi per la prevalenza di autorità che compensa la minoranza del numero. Tutte queste istituzioni peraltro hanno bisogno di cittadini intelligenti non solo, ma anche forniti di coraggio civile e di coscienza delle proprie convinzioni. Contro lo scabinato scrisse Glaser affermando che il medesimo serviva unicamente a *rialzare la onnipotenza dei giudici col manto di una apparente collegialità.* Vedasi *Eco dei Tribunali anno XX, n.* 2185, *pag.* 668 — Blumner *Scabini judiciorum criminalium descripti, Lipsiae* 1799 — Van Beresteyn *De jurisdictione tum civili tum criminali Scabinorum, Silvae Ducis* 1845 e più recentemente John *Giurati e Scabini, Berlino* 1872 — Seuffert *sulla Giuria e lo Scabinato, Monaco* 1873 — Wellmann *Giurati o Scabini? Berlino* 1873.

§. 915.

I giurati (giudici cittadini) guardati *storicamente* offrono questa vicenda costante: costituiti sempre dove il popolo è ammesso a partecipare dell' autorità politica, spariscono sempre (tranne dai tribunali militari) ovunque i poteri dello stato si riconcentrano in un solo od in pochi (1).

(1) Si vedano sui giurati gli scritti notissimi di Pisanelli *(della istituzione dei giurati, Torino* 1856) Cabelli *(i giurati del nuovo regno d' Italia, Milano* 1861) e il compianto Mittermaier *(giudizio orale,* ed in molti altri suoi scritti). E sotto il rapporto storico Budero *opus.* 11, *Jenae* 1745 — Selves *explication de l' origine et du secret du vrai jury, Paris* 1809 — Sprenger *pro judicio juratorum precipue de utilitate et de bono publico quod hoc judicio inest, Leyden* 1821 — Rey *de l' institutions judiciaires de*

Digitized by Google

l' Angleterre vol. 2, *pag.* 36 *et suiv. Paris* 1839 — Grellet-Dumazeau *le barreau romain, Paris* 1858 — Cock *de judiciis juratorum, Lugduni Batavorum* 1821 — Valroger *esquisse du droit criminel des Romains* — Walter *droit criminel des Romains; traduit par* Damesme, *Paris* 1863, *pag.* 67 *et suiv.;* e nella traduzione del Bollati, *Torino* 1851, *vol.* 2, *pag.* 495 — Hale *the history of the common law of England chap.* 12, *London* 1820 — Becot *organisation de la justice répressive, Paris* 1860 — Berenger *de la justice criminelle en France part.* 3, *sect.* 4, *pag.* 169 — Buchère *etude hystorique sur les origines du jury, Paris* 1862 — Reynolds *de vera judicii juratorum origine, et natura et indole, Heidelbergae* 1842 — Erio Sala *rinnuovamento di buoni studi giuridici pag.* 155 *e segg. Torino* 1869 — *Annales de l' Académie de Toulouse* 1865, *pag.* 36. E sotto il punto di vista pratico Perotta *modificazioni all' ordinamento dei Giurati, Piacenza* 1875.

§. 916.

Guardati *politicamente* essi sono una deduzione logica di ogni libero reggimento. Messo il popolo a parte del potere legislativo, è incoerente negargli parte nello esercizio del potere giudiciario (1).

(1) L' Avvocato Generale Servan, fino nel 1766 sotto la Francia Borbonica osava dire al Parlamento di Grenoble queste solenni parole, *il nome di Salvatore dovrà darsi a quel Principe che avrà restituito al suo popolo la pubblicità dei giudizi penali, e il tribunale dei giurati.* Io non sono mai giunto a comprendere l' accanimento col quale si combattono i due partiti intorno alla origine della Giurìa. Gli uni si ostinano a volere che la giurìa sia un ritrovato nordico, un costume dei popoli che essi chiamano *barbari* perchè vennero a rovesciare il feroce dispotismo degl' Impe-

Digitized by Google

ratori Romani; e mettono in derisione chiunque creda ritrovare le tracce della giurìa negli *Eliasti* di Grecia, e nei *giudici giurati* di Roma Repubblicana. Gli altri all' opposto contorcono lo ingegno loro sui classici Greci e latini per sostenere la propria tesi. Io dico che non arrivo a comprendere tanto calore nel cercare la origine della giurìa, perchè parmi si cerchi la origine della giustizia. Capirei si cercasse la origine dei legisti patentati, e la origine dei Magistrati assoldati al Governo, perchè queste sono cose che *debbono avere avuto una origine* per fatti e volontà umane, essendo in sostanza un *privilegio,* il quale per natura sua deve nascere *dopo* la legge generale. Ma nel mio corto intelletto la giurìa *non ha origine,* perchè fino dai primordi delle società civili quando la giustizia si cominciò ad amministrare in nome di quelle, e non più in nome della famiglia o del sacerdozio, non si ebbero davvero nè università nè matricole nè giudici per mestiero: e i primi giudici dovettero essere gli eletti fra i cittadini, finchè i Re non sorsero ad usurpare la giustizia ritogliendone al popolo lo esercizio. Ma che forse la questione sulla giurìa si scioglie col criterio della sua origine? Credono forse gli uni che quando hanno persuaso essere dessa una invenzione nordica abbiano detto quanto basta perchè debba condannarsi al disprezzo? O credono gli altri che quando l' hanno mostrata istituzione Greca o Romana debba senz' altro accettarsi e venerarsi! *Nugae canorae!* È difficile indovinare quali siano i moventi pei quali certi uomini alto locati trattano con disprezzo coloro che la genesi della giurìa trovano fino nei tempi Greci e Romani. È difficile indovinare la ragione di queste ire, perchè quando una opinione scientifica diventa una passione, subisce in ogni individuo che la professa gli impulsi congeniti alle passioni. Certo è che mentre noi rispettiamo i seguaci della contraria opinione, crediamo di non meritare di essere derisi se con una onorevole e larga compagnia di eruditi persistiamo nella nostra. Ecco cosa scrivevano testè Prins *et* Pergameni *(Réforme de l' instruction préparatoire, Paris-Bruxelles* 1871, *pag.* 20)

Digitized by Google

— ivi — *Qu' etait ce en effet que les Heliastes? Six mille citoyens, tirés au sort et partagés en sections sous la présidence des archontes pour juger les causes criminelles. Si l' on songe qu' Athènes ne comptait guère que* 20,000 *citoyens, c' etait la nation elle méme incarnée au jury. Devant ces tribunaux nationaux et sortis des entrailles du peuple, la procedure criminelle se déroulait tout entière au grand jour. Point du Ministère public.* Nè vuolsi dimenticare che su questo punto fu spesso occasione di equivoci lo essersi nei vari tempi adattata la denominazione di *Giurati* ad ufficii ben diversi da quello che è caratteristico della *giuria*, come si rileva da Busing *de juratis, Gottingae* 1785.

§. 917.

Sotto il rapporto della *giustizia*, essi porgono occasione a censura per mancanza di cognizioni legali. Ma i giudici permanenti vanno incontro invece alla censura della *abitudine*, che contraggono a cercar sempre delinquenti e delitti. Con questa diversità, che il rimprovero ai *giurati* può eliminarsi con una buona legge organica che restringa *veramente* al puro *fatto* (1) le questioni da proporsi loro, mentre il secondo rimprovero non ha riparo perchè la natura umana non si cambia. Oltre a ciò cotesto obietto va alla radice del sistema costituzionale, e del repubblicano; poichè ammessa la sua verità dovrebbero in parlamento e in comizio sedere i *soli legisti;* che Dio ce ne liberi!

(1) Sul vero senso da attribuirsi al concetto *quistione di fatto*, offre nuove ed acute osservazioni Wladimirow nella dissertazione intitolata *Etude sur l' institution du jury en Russie*, inserita nella *Revue internationale année* 4,

Digitized by Google

pag. 101. Ivi raccoglie le speciali obiezioni che sono a farsi contro il giurato costituito giudice di una questione medico legale astrusa e difficile, intorno alla quale siano venuti a conflitto eminenti professori chiamati dall'accusa e dalla difesa. Il problema è delicatissimo. Ma non è desso ugualmente grave quando la decisione di quel conflitto si consegna al giudice magistrato? Per quanto questo possa avere un buon rudimento di medicina legale certo è che l'apprezzazione delle ragioni *intrinseche* contrapposte dai luminari della scienza venuti fra loro a contrasto superano la competenza così del giudice come del giurato. Anzi direbbe taluno che fra i Giurati si ha la eventualità che segga un valente professore di Medicina: ed io terrei conto di questa osservazione se non mi mettesse per altro lato paura la soverchia preponderanza di quell' uno sopra la maggiorità; preponderanza che è inevitabile.

§. 918.

Finalmente sotto il rapporto *morale,* la giuria è utile mezzo per educare il popolo; affezionarlo alla cosa pubblica; e rendere più simpatica e più efficace la penalità, con grande incremento della sua forza morale oggettiva.

Il giudizio per giurati offre uno speciale argomento vastissimo che non può intrudersi in un corso teorico di procedura penale. Esso chiede un trattato speciale, e non piccolo, secondochè si studia la storia comparativa delle diverse forme moderne della giuria; oppure uno ordinamento speciale di qualche Provincia nelle molteplici questioni pratiche che ne insorgono; oppure nel mero punto di vista filosofico cercando le migliorie da darsi a questa istituzione secondo i precetti di ragione. Impossibile svolgere tutto questo in un corso scolastico. Qui dunque mi

Digitized by Google

limiterò ad accennare di volo quali siano i punti principali che (mantenuta ferma la istituzione dei Giurati) porgono occasione di controversia tra i giuristi contemporanei: controversia che non sempre si agita senza influsso di preoccupazioni politiche. Io riduco questi punti ai seguenti.

1.° *Formazione* delle liste dei Giurati. Due sistemi opposti stanno a fronte: quello della più larga ammissione di tutti i cittadini ad essere Giurati, purchè non siano in condizioni da demeritare affatto la pubblica fiducia. E quello così detto delle *categorie,* secondo il quale le autorità scelgono un ristretto numero di cittadini ai quali danno il privilegio di sedere come giudici popolari, e che può condurre lentamente ad una oligarchia. In sostanza è la vecchia discordia Romana fra la *editio* e la *sortitio,* discordia che fu causa di sedizioni. E qui può accennarsi una terza opinione che ha prevalso nella giurìa di Malta, quella cioè di formare una *doppia lista;* l'una più larga dalla quale si estraggono a sorte i semplici Giurati; l'altra più eletta, dalla quale si estrae a sorte il capo dei Giurati per ciascun giudizio.

2.° La *ricusa.* E qui pure stanno a fronte due partiti. Nessuno vi ha che ardisca negare allo accusato e suo Patrono la facoltà di ricusare quei Giurati che a lui sono antipatici o sospetti; sebbene siavi chi si mostra più avaro e chi meno nel rispetto di questo diritto. Ma la disputa sorge in quanto al diritto di ricusa attribuito al Pubblico Ministero. Alcuni vogliono perfetta parità fra l'accusa e la difesa, ed a questa occasione levano a cielo siffatto principio della uguaglianza, che poi volentieri mano-

Digitized by Google

mettono ad altre occasioni. Altri invece sostengono che al Pubblico Ministero non deve accordarsi facoltà di ricusa arbitraria per la sola vaghezza di dire che se il reo può ricusare otto Giurati ad arbitrio suo deve poterne ricusare otto anche il Pubblico Ministero. Costoro osservano che qui si confonde la *uguaglianza* con la *simmetria*: che nel Pubblico Ministero non possono esservi ragioni di antipatia o circostanze di *rapporti personali* fra lui ed un giurato per le quali lo tema contrario a sè: che il diritto di ricusa nel Pubblico Ministero deve essere *ragionato;* che l' Ufficiale che rappresenta la legge non deve mai agire per affetti; che per conseguenza la ricusa del Pubblico Ministero deve essere illimitata nel *numero;* ma limitata nella *causa:* deve essere cioè *motivata* sopra circostanze speciali definite a priori dalla legge; per esempio una parentela con lo accusato od intimi rapporti esistenti fra loro; la propalazione di voto; e simili. In quanto alla *ricusa* esiste ancora un' altra divergenza in ordine al *tempo,* poichè mentre in generale si costuma farla il giorno della apertura del dibattimento, in Svizzera con migliore accorgimento si fa entro un periodo determinato antecedente al giorno della udienza.

3.° Le *questioni.* E qui generalmente prevale fra noi la massima che ai Giurati debbano sottoporsi soltanto quesiti di *fatto:* nulla mai che abbia bisogno di cognizioni di diritto per essere risoluto. Ma tutta la difficoltà è caduta e cade sui migliori modi pratici per condurre ad una realtà questo desideratum di sottrarre ai Giurati ogni problema giuridico. La materia delle *questioni ai Giurati* presenta

Digitized by Google

ancora gravi argomenti di discussione in ordine alla complessità. Supremo dettato di ragione impone il divieto di ogni questione *complessa*, perchè il giurato dovendo rispondere con semplice *sì* o con semplice *no*, se a lui dirigete un quesito che contenga due interrogazioni distinte, porrete alla tortura la coscienza del Giurato che vorrebbe rispondere *sì* all' una, e *no* all' altra. E lo stesso a più forte ragione si deve dire delle questioni *alternative* le quali possono condurre con tutta facilità a creare contro il giudicabile una maggioranza apparente che lo sottoponga a condanna, mentre forse la vera maggioranza dei Giurati lo credeva innocente: e la cosa è chiara. Ma nella pratica *applicazione* del divieto delle questioni complesse ed alternative non sempre le Corti regolatrici si sono, così in Francia come in Italia, trovate concordi. Inoltre la materia delle *questioni ai Giurati* offre argomento di disputa in quanto alla persona che deve proporle. Prevale il costume che tutte le proponga il Presidente. Altri (a me pare più logico) opina che le questioni *a carico* si debbano proporre dal Pubblico Ministero: che poi dal Patrono si debbano proporre le questioni *a discarico:* e che finalmente sia libero al Presidente aggiungere tutte le altre questioni che crede utili alla verità ed alla giustizia.

4.° Il *riassunto* del Presidente. E qui pure ferve tuttavia la discordia, perchè alcuni paventano il naufragio della giustizia se i Giurati, i quali (notisi bene) devono avere *formata la loro convinzione sui risultati del processo*, emettono questa loro convinzione senza prima ricevere la ulteriore impressione del discorso presidenziale. Altri invece paventa

Digitized by Google

il naufragio della giustizia e il sacrifizio possibile della innocenza nella eventualità che un Presidente facondo, autorevole, ed accorto siasi preoccupato l'animo nel desiderio della condanna, e stimi essere un proprio dovere quello di usare ogni artificio onde guidare i Giurati ad un verdetto condennatorio; e vorrebbero per conseguenza proscrivere affatto il riassunto (1)

5.° Il *numero* dei voti decisivi, poichè molti vorrebbero la unanimità; molti si appagano della semplice maggioranza; molti vorrebbero una maggioranza più soverchiante.

6.° La *forma* della votazione, che in Roma si volle ora *pubblica* ed ora *segreta;* e tuttavia incontra alcuni partigiani della pubblicità nei quali ha fatto passaggio la credenza, così splendidamente manifestata e dimostrata da Cicerone, che nessun cittadino oserebbe dare il voto per restituire in società uno scellerato se dovesse questa sua volontà manifestare al cospetto del pubblico.

7.° La *deliberazione:* perchè mentre oggi generalmente si mantiene il costume di inviare i Giurati a deliberare collegialmente nella Camera di Consiglio per subire così le influenze di un Giurato soverchiante in autorità, in eloquenza, od in artificio, vi sono molti (ed io sono fra quelli) i quali vorrebbero che ogni giurato emettesse la sua convinzione individuale dando il suo voto immediatamente (fosse pur anche in modo segreto) senza uscire di udienza, e senza subire le istigazioni dei suoi compagni.

8.° Le *scuse* dedotte dal giudicabile per minorare la sua imputabilità, intorno alle quali generalmente

Digitized by Google

si riconosce illimitato il diritto della difesa a proporle con apposite dimande ai Giurati, mentre non manca però chi pretende di concedere anche qui un potere pericoloso al Presidente, senza avvertire che esso col negare di proporre una questione di scusa emette implicitamente un pregiudizio o di diritto o di fatto.

Questi (e non sono i soli) argomenti importantissimi di controversie alle quali porge occasione la istituzione della giuria, e che si agitano con vive polemiche nelle Accademie e nelle Aule legislative, non è possibile che ricevano il necessario svolgimento in un Programma scolastico.

9.° Finalmente anche *l'ordine* della discussione forma serio argomento di disputa intorno a decidere se la difesa debba essere preceduta dalla posizione delle questioni; o se (come oggi si pratica appo noi) debba la difesa affaticarsi per ore, e forse per giorni, prima di sapere quali saranno le questioni che piacerà al Presidente di proporre, e quali ne saranno le formule. La irragionevolezza radicale di questo metodo è così palpabile, ed è tanto sensibile invece la ragionevolezza della discussione *successiva* alla proposta delle questioni, ed il vantaggio che verrebbe così per la economia del tempo come per la chiarezza e lucidità di tutto il dibattimento, che la ostinazione nel vecchio sistema può trovare scusa soltanto nelle paure e nella antipatia ad ogni innovazione. In questo senso scrisse l'Avvocato Giovanni De Rosmini in una elaborata dissertazione che fu pubblicata dalla *Gazzetta dei tribunali di Trieste anno 9, n. 5, 9, 10 e seg.* Ma è inutile sperare mai che su tutte queste con-

Digitized by Google

troversie si faccia concordia. Ostacolo insuperabile alla concordia è e sarà sempre la preoccupazione degli animi di chi studia siffatti quesiti. Gli uni vogliono ordinare la Giurìa sotto l'incubo della perpetua paura delle assoluzioni; gli altri vogliono ordinarla sotto l'incubo della paura di condanne cadute sopra teste innocenti: e così agitandosi anche le menti più illuminate fra Scilla e Cariddi è bene difficile che al meglio sia fatta la luce.

(1) Nè a questi pericoli può arrecare serio riparo il temperamento immaginato dalla Cassazione di Torino 8 agosto 1870 (*Temi Zanclea anno* 2, *n.* 9) in uno slancio di velleità legislativa. Ivi fu detto che *qualora il Presidente nel suo riassunto presenti circostanze nuove che non siano state rilevate e discusse dalla accusa, può la difesa chiedere la riapertura del dibattimento per il fine che si esaminino tali circostanze e se ne faccia verificazione.* Questo suggerimento (senza dubbio ispirato allo amore della giustizia) incontra agli occhi miei gravissime difficoltà che lo rendono inaccettabile. In primo luogo esso apertamente confessa il male che noi deploriamo, il pericolo cioè che la difesa sia aggredita con nuove circostanze da lei non discusse, e per sorpresa gettata inerme innanzi ai Giurati dal riassunto presidenziale. In secondo luogo il proposto rimedio completa la mostruosa trasformazione del Presidente in accusatore; e finalmente turba tutta la economia dei giudizi dando occasione a ricominciare un giudizio già compiuto e del quale era imminente la decisione. In questo secondo processo che si riaprirà sulle nuove circostanze portate in accusa dal Presidente quali saranno le potestà della difesa? Si interdirà alla medesima il sacro diritto di controprova? E dopo esaurita la discussione di questo nuovo processo dovranno egli proporsi nuove questioni? Certo parrebbe che dovrà aver luogo un secondo riassunto presidenziale. E se

Digitized by Google

di nuovo il Presidente recherà innanzi circostanze nuove dovrà egli riaprirsi una terza volta il processo? Io mi permetto dunque (salvo il debito rispetto) di considerare quel suggerimento come effimero, e tale che non possa meritare accoglimento nè nella legislazione nè nella giurisprudenza. Vedasi nei miei *opuscoli* ciò che scrissi al *vol.* 5, *opus.* 24, *n.* 2.

§. 919.

Malgrado i pregi della giuria, essa è respinta da molti paesi (1), o per paure governative, o per prevenzioni sfavorevoli, o perchè il popolo non è ancora assai civile per rispondere a questo nobile ufficio, o perchè più spesso i vizi del suo ordinamento, qual è in Francia, fanno parere più comodo di rigettarlo anzichè correggerlo. E per una artificiale combinazione si accetta il principio della *intima convinzione,* applicandolo a giudici legisti permanenti in ufficio: i quali decidono il fatto sulla scorta della mera logica e del sentimento dell' animo loro, e il diritto secondo i canoni giurisprudenziali. Onde ne avvenne che i giudici magistrati non si astrinsero a dar ragione o conto nessuno della pronunzia sul *fatto (vero-detto)* obbligandoli però sempre alla motivazione del *diritto.*

(1) Sonovi ancora Nazioni che accettano la giurìa limitativamente a certi generi di misfatti, e non la vogliono in altri. Avvi pure chi limita lo intervento dei Giurati al solo caso di reo negativo, declinando affatto da ogni loro giurisdizione quando il reo sia confesso, nel qual caso non rimane che l' opera della Corte per determinare la pena. Contro questo pericoloso sistema, accettato in Inghilterra, Irlanda, America Settentrionale, Zurigo, Vaud, Turgovia, Neufchatel,

Digitized by Google

Argovia, e Soletta, vedasi uno scritto di Mittermaier nell' *Eco dei Tribunali ai n.* 1573-74, e vedasi il mio §. 979. In quanto alle Corti alle quali è riservata dopo il verdetto giuratesco la decisione del diritto e la determinazione della pena, esistono pure differenziali nei vari paesi, poichè in alcuni si rappresentano soltanto da un Presidente; ed altrove al Presidente si aggiungono due assessori, intorno alla scelta dei quali raccoglie notizie La Cuisine *de la justice criminelle en Cours d' Assises pag.* 163 *et* 185.

§. 920.

Finchè durò il metodo delle prove legali, il secondo argomento della teoria della prova (lo studio dei suoi *fonti*) offrì grande interesse. Sotto il sistema della convinzione non ha eguale importanza: perchè inutilmente verrebbe a dirsi ad un giudice che un testimone è eccezionabile, o che un indizio è remoto, quando a lui basta rispondere, *io sono convinto*. Pure la dottrina giuridica dei *fonti* della prova, benchè oggi affatto deserta di forza precettiva, non può essere del tutto intralasciata, e come documento storico, e come chiave di una nomenclatura che è pur rimasta nell' uso; ed anche perchè i vecchi precetti giuridici, benchè ridotti alla umile proporzione di precetti logici, possono essere tuttavia di non poca utilità a chiunque ricordi che se la legge in questo sistema non chiede conto al giudicante del perchè siasi convinto, gli fa precetto però di convincersi *secundum acta et probata;* e questo precetto civile, anche dove non si rafforza da nessuna guarentigia esteriore, diviene come condizione apposta al potere conferito dalla legge, un precetto di morale e di religione (1).

Digitized by Google

(1) Sui limiti che la ragione e la giustizia vogliono imposti alla intima convinzione, vedasi Ellero *della critica criminale, cap.* 41, *Venezia* 1860. Ma tutti i nobili sforzi degli scrittori non potranno mai unificare la certezza *morale,* che ha per natura sua il solo regolo della coscienza, con la verità *logica.* È troppo facile che il *sentimento* assuma la sembianza del *giudizio* nell' individuo che non è costretto a dar conto ragionato della sua credenza: Helie *instruction, vol.* 5, §. 342, 344, *n.* 2. L' unico mezzo di rendere una verità la distinzione fra la convinzione del *legista,* e la convinzione del *giurato,* si è quello di prescrivere ai magistrati permanenti, ai quali si faccia (per i diritti positivi locali) balìa di giudicare per intima convinzione, il dovere di render conto sommario degli elementi di prova donde hanno desunto il loro convincimento. Io ho veduto per più di trent' anni praticarsi con grande utilità codesto metodo nella mia patria, e confesso che ne ho serbato vivissimo desiderio. Al giurato che si convince per *sentimento* non può chiedersi cotesto conto. Ma se è vero che il magistrato permanente formi la sua convinzione secondo i canoni di legale ermeneutica, niente deve a lui repugnare di accennarne i fonti; e niente repugna che ciò gli s' imponga dalla legge.

Articolo II.

Dei fonti *della prova in criminale.*

§. 921.

Delineando i *fonti* della prova in criminale non intendiamo, come di sopra (§. 783) accennammo, di svolgere un corso di logica giudiciaria: ma soltanto ricordare le principali regole ed aforismi che su tale argomento s' insegnarono nelle scuole ed

Digitized by Google

ebbero valore nella pratica; e ciò al fine di apprezzarne la importanza sotto gli odierni sistemi.

§. 922.

I fonti della prova si distinsero in *artificiali*, e *naturali* (o sia *inartificiali*). Distinzione, che quantunque risalga a Cicerone e ad Aristotele, si censurò da Mario Pagano con l'osservare come nella valutazione di ogni mezzo di prova dovendo il giudice usar sempre dell'arte critica, non esista un modo di prova esente a tutto rigore di termine da ogni artificio. Ma con tale censura si travisò il concetto della distinzione: la quale non colpisce il fatto probante nel momento in cui si calcola la sua esistenza come verità (poichè sicuramente è impossibile valutare qualsiasi prova senza l'aiuto di raziocinio) ma colpisce il rapporto della cognita con la incognita: rapporto che in alcuni casi è *naturale*, ossia ontologicamente necessario, come nella confessione *del delitto;* in altri è tutto figlio dell'arte; ossia può essere e può non essere. Ho bisogno di raziocinio a persuadermi se il confitente è sincero. Convintomi di ciò non ho più bisogno di arte logica per dir provato il fatto confessato.

§. 923.

Piuttosto cotesta divisione pecca di *inesatta enumerazione di parti*, quando esemplifica le prove inartificiali nei *documenti*, *testimoni*, e *confessioni* del reo; e le artificiali negli *indizi*. Infatti: spessissimo il rapporto tra le attestazioni, la confessione,

Digitized by Google

il documento, e il delitto che si cerca, è *contingente:* che è quanto dire ha bisogno dell' arte critica per condurre alla certezza; come è intuitivo ogni qual volta il *documento,* la *confessione,* o la *testimonianza* non prova direttamente *il delitto* che si cerca, ma un altro fatto a cui vuol darsi valore di argomento ed indizio: e viceversa il fatto dal quale con l' *artifizio* del ragionamento vuole desumersi un indizio non può recarsi in processo se non col mezzo di prove *inartificiali.* E guai se fosse altrimenti, poichè allora si cadrebbe nello abisso di provare indizi con indizi, che è il pessimo dei difetti in qualunque ragionamento (1).

(1) Per esempio in quanto si vuole indurre la colpevolezza di un omicidio perchè le vesti erano intrise di sangue si prende a guida l' *artificio* del ragionamento. Ma bisogna che prima sia assodato con prova *inartificiale* (perizia) che quella macchia è realmente macchia di sangue, come afferma l' accusa. Errore sarebbe affidare ad una prova *artificiale* anche il fatto dal quale si vuol desumere l' indizio. Errore per esempio sarebbe (e gravissimo errore) quello di chi argomentasse così: risulta che Tizio lavò le sue vesti; dunque ne argomento che fossero macchiate di sangue: delle vesti macchiate di sangue mi valgo poi come indizio che egli fosse l' omicida. Quante volte ahimè in questi vizi logici si cade dai giudicanti; e quante volte essi sono stati occasione di sacrifizio di innocenti!!..

§. 924.

Checchè sia di ciò, i fonti della prova criminale si riducono ai quattro testè enumerati — 1.° *documenti* — 2.° *confessioni* — 3.° *testimoni* — 4.° *in-*

Digitized by Google

dizii. I primi tre possono essere *fonte semplice* della certezza: il quarto non può essere che *fonte complesso,* perchè onde possa dirsi che esiste, ha bisogno del presidio di uno degli altri elementi. Infatti prima di cercare mercè l' artifizio del ragionamento se una data circostanza di fatto valga o no ad argomentare la reità, è necessario che sia stabilito se la circostanza medesima esista o no come verità di fatto (§. 975), e questa esistenza non può essere provata che col mezzo di uno dei tre fonti inartificiali. È il massimo degli errori quello di provare uno indizio mediante un altro indizio. Con questo metodo perniciosissimo si costruisce una piramide di sofismi.

I.

Documenti.

§. 925.

Documento è in generale qualunque cosa materiale che fa testimonianza (da *docere*) di un fatto. Più specialmente diconsi in criminale documenti, o *istrumenti* (da *instruere*) tutti gli *scritti che servono a provare il delitto, o i suoi autori* (1). Così è documento anche un processo verbale, con cui un ufficiale pubblico referisce le verificazioni *materiali* da lui fatte coi sensi proprii: poichè il mezzo *immediato* che reca quella verificazione materiale sotto gli occhi del giudice, è la scrittura. Laonde non sembra doversi fare degli *accessi locali* un *fonte speciale* di prova, come ad alcuno piacque.

Digitized by Google

(1) Questa definizione del *documento in criminale*, sembra non s' intenda così da alcuni sostenitori dell' accusa, ai quali piace di opporsi alla produzione e lettura di carte che non abbiano carattere di autenticità. Ma davvero codesta opposizione, che ho dovuto talvolta incontrare nella mia pratica, è per me altrettanto inconcepibile quanto nuova. Spetta ai giudici del merito valutare la credibilità maggiore o minore di una scrittura privata che si produca dalla difesa: ma quando l' accusa spesso si vale ad ottenere la condanna del giudicabile di scritti informi, lettere, ed appunti (e dovette bene essere così specialmente sotto il sistema della intima convinzione) come può essa pretendere che il difensore del reo non possa addurre altro argomento scritto tranne contratti rogati per mano di notaro? Si sa bene che nella seconda fase del sistema misto tutto deve essere fatto oralmente, e perciò non possono leggersi le *attestazioni* di persona vivente che non sia personalmente comparsa a deporre. Ma bisogna distinguere fra carte che vogliono spiegare *la loro vita nel giudizio orale*, come certificati o testimoniali, e carte che *abbiano già precedentemente avuto la loro vita* e vengano nel dibattimento come *materiali testimonianze* di un *fatto materiale già precedentemente compito*, come lettere, minute, conteggi, o altro simile. Questa distinzione non è sempre sufficientemente avvertita. In quanto ai primi potrà farsi questione della loro *ammissibilità*, ma in quanto ai secondi non può farsi questione che della loro *credibilità*. È radicalmente erroneo desumere il criterio della ammissibilità della lettura di un documento in un processo orale dalla sua *forma* esteriore. Il principio della oralità interdice la lettura di un documento anche *autentico* quando contiene una *attestazione:* se così non fosse potrebbe leggersi il processo scritto, il quale è per fermo un documento autentico; ma pure non può leggersi senza incorrere in nullità, fuori dei casi previsti dalla legge. E se un testimone vivente è comparso a fare una dichiarazione in un contratto solenne non può leggersi quella sua deposizione se il teste non è presente

Digitized by Google

quantunque il documento sia autentico. Al contrario qualunque foglio privato ed informe, ed anche un foglio che non sappiasi a chi appartiene, potrà leggersi al processo orale quando si porta come *fatto* (valutabile nella sua influenza sul processo dalla critica del giudice) e non come *attestazione*. Si confonde talvolta il calcolo della *credibilità* di un foglio col criterio della sua *ammissibilità*. La ammissibilità dipende unicamente dal vedere se possa o non possa o l' accusa o la difesa che credono giovarsi di quel foglio, indurre lo scrivente come testimone e regolarmente citarlo: ove questo si poteva e non si è fatto, la oralità impone che il documento non si legga, qualunque potesse essere la sua forza probatoria fuori del giudizio orale: perchè la forza probatoria fuori del processo orale è nulla in questo, quando nel processo orale non è ricostruita dalla viva voce, e completata dalla pubblicità. La critica della *credibilità* del foglio e della sua influenza nel processo appartiene alla discussione del merito del quale sono giudici sovrani i giurati. Se col pretesto della *irrilevanza* di un documento o l' accusatore o il difensore pretendono sottrarre ai giudici decidenti la cognizione del fatto della esistenza di quel foglio essi invadono la competenza dei giurati, perchè pregiudicano a talento loro la valutazione di un elemento di prova, la quale tutta deve essere serbata intatta alla coscienza ed all' oracolo della giurìa.

§. 926.

I documenti devono essere guardati sempre sotto duplice rapporto. In rapporto a sè medesimi, per constatarne la *forza esteriore;* e in rapporto al delitto, per valutarne la *forza interiore*. Si produce (a mo' di esempio) una lettera che si afferma *mia*. Io nego che il carattere sia mio, e occorrono a vincere questa negativa verificazioni e perizie. Ecco il

Digitized by Google

documento nello stadio della sua prova *esteriore*. Esce da questo stadio quando è accertato che la lettera è mia: ma con ciò non è ancora concluso che egli faccia prova del delitto cercato. Il documento allora passa nel secondo stadio della discussione sulla sua *intima* concludenza: il senso di quello scritto è ambiguo; vi si parla del delitto in questione, o di altro fatto innocente? Perchè dal documento scaturisca un indizio di reità bisogna che egli vinca questo secondo ostacolo dopo aver vinto il primo. Istituire la seconda indagine prima di avere esaurito la prima è sofisma.

§. 927.

I documenti possono essere o *pubblici* o *privati*, secondochè emanano da un' autorità competente, o da mano privata. Nel primo caso possono offrire in loro stessi l' *attività esterna* completa, fino all' accusa di falso (1). Nel secondo caso prima di calcolarne la efficacia *interiore (o obiettiva)* deve il giudice accertarsi della loro efficacia *esterna (o subiettiva)*; sia per confessioni del reo, sia per attestazioni, o per verificazioni peritiche.

(1) Fra i documenti che più spesso hanno importanza nei giudizi orali figurano i *verbali di perquisizione:* e qui la indagine è triplice.

1.° Deve la legge prestabilire *i casi* nei quali può essere lecito di invadere il domicilio del cittadino per farvi perquisizioni, e le *condizioni* che possono legittimarli e le *autorità* che hanno tale competenza. Nè qui deve dimenticarsi il tempo, poichè troppo è sentita la necessità di porre un freno

Digitized by Google

alla velleità vessatoria di certi agenti della forza che prediligono il *tempo di notte* (e spesso notte inoltrata) per fare le perquisizioni. Quando si perquisisce per arrestare un contumace potrà essere consigliato di scegliere quell' ora nella quale con maggiore probabilità si potrà sorprendere. Ma quando trattasi di perquisire oggetti, la scelta di tali ore è un abuso irragionevole. Si pongono in costernazione le famiglie senza bisogno, e si rendono più difficili le ricerche e più facili le introduzioni maliziose dei perquirenti, che erano divenute così scandalose nella vecchia Toscana in materia di sale di contrabbando.

2.° Deve la legge prestabilire le *cautele*, perchè la giustizia possa essere certa che le cose furono trovate come narrano i perquirenti. E questa certezza non si otterrà mai se non si dà balìa allo inquisito di preparare le sue difese vigilando la perquisizione quante volte è possibile.

3.° Finalmente la legge di rito deve regolare le condizioni occorrenti *al passaggio* che il verbale di perquisizione dovrà fare dallo stato di documento *scritto* alla sfera di elemento del processo *orale*.

§. 928.

È difficile concepire un documento che possa *di per sè solo* bastare al processo, e porgere prova completa del delitto. Perchè oltre alla necessità di desumere *aliunde* la efficacia *subiettiva* del documento quando ei non sia *pubblico* (vogliamo dire *autentico*) la sua efficacia *obiettiva* ha sempre bisogno del presidio di altre prove: o sia che il documento si referisca al *materiale*, e si affermi come *costitutivo* del malefizio; nel qual caso resta a provarsi *aliunde* lo *speciale*, e il *formale* del reato: o sia che si referisca allo *speciale*, affermandolo come

Digitized by Google

indicativo della persona del colpevole; la quale naturalmente deve essere dimostrata o per confessioni, o per attestazioni: o sia che voglia referirsi al *formale,* rilevando dal medesimo la proeresi criminosa; che bisogna consolidare sopra argomenti e fatti accessorii, verificati per altre vie.

II.

Confessioni.

§. 929.

Dicesi *confessione* del reo qualunque affermazione da lui emessa *a proprio carico.* In questo sta la essenza della *confessione,* che per tal guisa si contrappone alle *impugnative,* ed alle *eccezioni* dell' accusato. La confessione del reo può cadere o sul *delitto* o su qualche circostanza costituente o concomitante il delitto, nel qual caso il giudicabile può essere in parte confesso ed in parte negativo: o sopra un *fatto diverso* che per argomentazione voglia spendersi come indizio del delitto.

§. 930.

In tutti i casi la confessione non è *legittima* (cioè non è conforme alle condizioni che la ragione esige per la sua credibilità) se non è accompagnata dai seguenti caratteri:

1.° — deve essere preceduta dalla prova del *materiale:* ciò anche nei delitti di *fatto transeunte,* e molto più in quelli di *fatto permanente* (1).

Digitized by Google

2.° — deve esser *giudiciale;* emessa cioè in faccia al giudice competente (2).

3.° — deve essere emessa al seguito di *interrogatorio;* non ultronea perchè ciò fa sospettare che il reo abbia qualche segreto motivo per fingersi colpevole (3).

4.° — deve emanare da persona *intelligente* e *libera.*

5.° — deve essere emessa in modo *principale,* onde apparisca seria e avvertita; non *incidentalmente* (4).

6.° — deve essere *spontanea:* non estorta per via di violenze o fisiche o morali, le quali lasciano sempre dubbiosi della sincerità di chi parla: nè per via di artifizi, li quali (per quanto eventualmente utili alla curiosità dello inquirente) condurrebbero la giustizia a profittare di una immoralità (5).

7.° — deve cadere su cose *possibili.*

8.° — deve essere *univoca.*

9.° — deve essere *costante;* non *revocata,* sia immediatamente, sia in un successivo esame (6).

(1) Meyer *de effectu confessionis corpore delicti adhuc incerto, Lipsiae* 1779.

(2) È comune ditterio che la confessione *stragiudiciale* comunque emessa non basta alla prova: Buccaroni *de differentiis, diff.* 34 *et* 36, ove insegna che non fa piena prova neppure quando sia giurata.

(3) È singolare il caso ricordato da Mittermaier di un malfattore che si confessò reo di un delitto avvenuto dove egli non era, per procacciarsi nella sentenza condennatoria per quel lieve delitto un documento che giustificasse il suo *alibi* e lo ponesse al coperto dalla pena incorsa da lui per

Digitized by Google

atroce misfatto altrove commesso. Così un maresciallo di Francia si fece nel passato secolo condannare per uno stupro da un tribunale di Provincia, per vincere la lite che gli aveva mosso contro la moglie a fine di nullità di matrimonio per impotenza. Io ebbi a mano un giovine così perduto ad ogni senso d'onore, e così deserto di ogni virtù cittadina, che si finse colpevole di un piccolo furto per ottenerne esenzione dalla leva militare.

(4) Parve ritenere il contrario Hertius *decis.* 455. Ma la regola che la confessione *etiam judicio prolata* non faccia prova quando fu emessa *incidenter*, cioè in un interrogatorio che obiettava al rispondente altro reato diverso da quello che egli era venuto confessando, fu universalmente accolta nella pratica: Buccaroni *de differentiis diff.* 39.

(5) Anche quando la tortura manteneva la signoria dei processi penali valeva la regola che la confessione emessa sotto i tormenti non fosse attendibile se non era poi confermata dopo un intervallo fuori dei tormenti: Langlaeus *semestrium lib.* 9, *cap.* 2, *pag.* 612, dove interpreta ed emenda un passo di Plauto. Riprovevoli poi devono sempre dirsi tutte le arti mendaci e modi di sorpresa con i quali uno inquisitore seduce il reo ad una confessione: Imola *cons.* 109 — Bannizza *systemata jurisprudentiae cap.* 9, §. 12 — Jo. Brunnemanno *processus criminalis et civilis, cap.* 8, *membr.* 1, *de examine rei, n.* 58, *Francofurti ad Viadrum* 1737. Queste sono immoralità alle quali non devono prestare mantello i giudici decidenti, ma ripararvi col non dare alcun credito alla confessione così estorta quando il giudicabile la ritratti. Più vituperose ancora sono quelle arti nelle quali gli inquisitori si fanno alleati i guardiani delle carceri invitandoli a procacciare ogni modo affinchè il detenuto confessi. Eppure in certi paesi era così invalso l'uso di simili infamie che gli scrittori istruivano i carcerieri sulle condizioni incombenti loro in proposito. Così leggo nel *systeme abregé de jurisprudence criminelle* pubblicato da Seigneux a Losanna il 1756, *chap.* 70, *pag.* 337, *n.* 10 — ivi — *Il ne doit*

Digitized by Google

(le Geolier) point questionner le prisonnier sur son délit SANS QU' ON LUI EN AIT DONNÉ L' ORDRE, *ni lui tendre des piéges ou lui faire des promesses pour le rendre confessant:* quasichè i tradimenti e le frodi si santificassero dall' ordine di un giudice istruttore che ubriaco per lo zelo della condanna dimentica i precetti della morale. Altri erano i precetti che regolavano i popoli veramente civili. E per la Toscana ne fa documento la legge procedurale organica del 4 novembre 1838 pubblicata da Leopoldo II sotto il titolo di *dichiarazioni e istruzioni* ove all' art. 537, n. 2 così ordinò — *Resta proibito . . . . di sentire in esame come testimoni tanto nelle procedure scritte che nei pubblici giudizi in aggravio degli imputati o accusati, eccettochè nelle cause di evasione dalle carceri come luogo di custodia, i condetenuti nelle carceri medesime per rivelazioni degl'imputati o accusati stessi ai medesimi condetenuti fatte durante la indicata custodia.* È doloroso che sotto il governo della libera Italia si debbano rimpiangere certi ordimenti dei despoti che essa ha cacciato; e che tali rimpianti debbano eccitare gli sdegni di chi avrebbe la missione di spingere la patria nella via del progresso, anzichè ricondurla alla barbarie delle pratiche medioevali. Vedasi i miei *Opuscoli vol. 4, op. 12.*

(6) Del valore della confessione emessa nel processo scritto e ritrattata alla udienza discorre Forti *conclusioni pag. 273, Firenze* 1864.

§. 931.

Deve inoltre

10.° Essere *espressa,* non *tacita;* quale è quella che si volle da taluno desumere dalle transazioni con l' offeso. I vecchi Patroni ad evitare il valore probatorio soverchio che si voleva dare alla transazione stipulata con l' offeso, ricorrevano al ripiego di fare intervenire i parenti o gli amici mentre

Digitized by Google

l' accusato ostentava ignoranza o malcontento della transazione conclusa. Sotterfugio meschino, e il più delle volte deriso dai giudicanti che attraverso il velo diafano dello amico o del congiunto scorgevano lo impulso dello accusato. Meglio vale recisamente negare per buona logica la forza di confessione legittima ad un atto al quale può troppo spesso scendere anche uno innocente per meticolosità di carattere, per amore di quiete e per liberarsi dalle molestie di una querela e di un giudizio, e peggio ancora da una carcerazione preventiva. Con la fallace regola che la transazione costituisce una tacita confessione si rischia di esporre ad ingiusta pena un galantuomo che ha subito un ricatto macchinato da uno scellerato.

11.° Deve essere *vera* e non *presunta,* quale nei tempi andati pretese trovarsi in certi fatti dello accusato: ora, in ordine a tutti i delitti indistintamente, nella fuga dal carcere; ora in certi speciali delitti, come dallo occultamento del parto nello infanticidio. Ferocità che si convertirono in leggi nelle vecchie ordinanze di Francia senza volere ricordare che il tedio della prigione, l' amore naturale della libertà, o il timore delle persecuzioni di un giudice possono trascinare anche lo innocente a tentare la fuga ed anche a tentare il suicidio: come il naturale pudore e la tema della vergogna possono spingere a celare la gravidanza ed il parto una fanciulla che abbia poscia senza sua colpa dato alla luce una creatura già morta.

12.° Deve essere *vera* e non *finta.* Barbara fu la dottrina della confessione *finta,* non meno che quella della confessione presunta. Si disse *finta confessione*

Digitized by Google

la contumacia dello inquisito e la sua renitenza ad obbedire agli ordini di giustizia. È anfibologica la stessa formula che accoppia insieme la idea del reo *che confessa* con la idea del giudice che *finge* aver egli *confessato*. È concetto antigiuridico adagiare la condanna criminale sopra una *finzione*, mentre l' obiettivo dei giudizi criminali è soltanto *la verità*. È irragionevole trarre dalla renitenza a comparire un argomento qualunque a carico di un cittadino, finchè dietro quella comparsa sta il pericolo della prigione, e di tutte le vessazioni alle quali espone un processo criminale, per tacere del rischio di una calunnia (1).

13.° Deve esser *vestita* non *nuda*: e in ciò consiste la maggior forza probatoria delle confessioni. Di questo requisito fa parte la *verificazione* delle circostanze con le quali il reo accompagnò la sua confessione (2).

(1) Rolando a Valle *consilia lib.* 3, *cons.* 94, *Lugduni* 1585.

(2) Vedasi Winspeare *dissertaz.* 1 *della confessione dei rei, Napoli* 1850 — Heijlidij *de vi provationis quam habet confessio criminis rei, Trajecti ad Rhenum* 1828 — Heineccio *exercit.* 18, *pag.* 661.

§. 932.

Questi canoni, che furono sotto il sistema delle prove legali altrettanti precetti giuridici, non sono oggi che regole di critica; le quali devono pur sempre anche come tali avere gran valore appo il giu-

Digitized by Google

dice imparziale. La confessione corredata da siffatti requisiti ebbesi un tempo come fonte di *prova piena:* e poichè parve non potere essere tranquilli sulla colpabilità se il reo non ne conveniva, si applaudì ad ogni mezzo che portasse il reo a confessare. Poscia per una reazione di idee si levò all' apice il discredito della confessione, proclamandola il più inetto tra i mezzi di prova, sino a tal punto che appo alcuni parve disumano lo interrogare il reo sul proprio delitto (1). La verità sta sempre nel giusto mezzo.

(1) Che il reo abbia *diritto a tacere,* e non gli si possa fare alcun carico del suo rifiuto a rispondere, e molto meno (a mio credere) costituirne una nuova circostanza aggravante lo ha riconosciuto Bonneville, e Dessalles (*Détention préventive pag.* 18, *et* 19) e già lo aveva insegnato quel precursore di tante verità che fu Pietro Ayrault *ordre, formalité et instruction judiciaire liv.* 3, *part.* 3, *n.* 27. Nella Inghilterra (che da tanti si propone, per superficiali nozioni, come modello di giustizia penale) vige la pratica che sul reo confesso non si chiede verdetto, ma esso si consegna al giudice perchè senza più applichi la pena; lo che riproduce quella vecchia regola *adversus confitentem datur judex non rei judicandae sed aestimandae.* Bisogna però convenire che anche nella vecchia pratica la forza probatoria della confessione isolata da altri elementi di prova, fu argomento di controversia e di dubbi: Ancharano *cons.* [23, *Venetiis* 1585 — Merenda *controversiarum juris, lib.* 5, *cap.* 8 *et* 10, *Bruxellis* 1745.

§. 933.

Si agitò pure viva questione sulla *scindibilità* della confessione *qualificata* (che i moderni Ale-

Digitized by Google

manni chiamano confessione *restrittiva)*: e tale è la confessione con la quale il reo mentre confessa di aver commesso il delitto vi aggiunge però una circostanza che lo scuserebbe, come (a modo di esempio) *uccisi ma perchè fui aggredito;* si disputa in tali casi se il giudice possa accettare la confessione e in quella fondarsi in quanto lo convince della colpevolezza, e negarle poi fede in quanto alla escusante: questione che si estende ancora alla scindibilità dei deposti testimoniali. Siffatta questione deve in criminale risolversi distinguendo giusta la formula dell' E l l e r o; secondochè il patto principale è *comprovato*, o la qualità è *reprovata* per altra via. Non avendosi altronde nè lo assodamento del principale, nè la confutazione della qualità, lo scindere sarebbe un capriccio illogico e crudele (1).

(1) La questione della scindibilità della confessione qualificata si esaminò agli effetti penali dai Dottori di tutti i tempi; C a l d e r o *decisiones Cathaloniae decis.* 21 — *Responsa Tubingensia vol.* 4, (L a u t e r b a c h) *resp.* 42, *Tubingae* 1733 — S a n f e l i c e *decisiones regni Neapolitani lib.* 2, *decis.* 228, *Lugduni* 1675 — S i m o n P i s t o r *observationes singulares, observ.* 125, *Francofurti* 1658 — B u c c a r o n i *de differentiis diff.* 40 *et* 41 — D o n d e u s *consult.* 94, *Mediolani* 1667 — M e r e n d a *controversiae vol.* 5, *lib.* 24, *cap.* 20, *quaest.* 11, *pag.* 176.

§. 934.

È al fine di ottenere o la confessione, o la impugnativa, o le eccezioni del reo, che si esige nel processo criminale (qualunque siane la forma) lo

Digitized by Google

esame o *interrogatorio* dello imputato. E qui ripeterò le nozioni che ho anticipato al §. 894 parlando della contestazione della accusa.

§. 935.

Sappiamo già che dicesi *sommario* l'esame del reo che cade soltanto sulla identificazione di persona o di qualità: *ordinario* quando cade sul fatto delittuoso.

§. 936.

L'esame ordinario dicesi *piano*, quando si limita a richiamare il reo sulle circostanze che cade in acconcio indagare; senza niente obiettargli. Dicesi esame o costituto *obiettivo* (1) quando al reo si contestano le risultanze degli atti che resterebbero a contradirlo, onde egli replichi a tali obietti secondo sua cognizione o pensiero. Il costituto obiettivo nel processo inquisitorio è il primo germe della contestazione dell'accusa, e sarebbe gravissimo vizio l'ometterlo: nel processo *orale* si fa col richiamare l'accusato a fare le sue osservazioni su ciò che in sua presenza hanno deposto i testimoni. E qui non è mai bastantemente raccomandata ai giudici che dirigono il dibattimento la tolleranza. Sarebbe vizio gravissimo se al reo che vuole obiettare una qualche cosa avverso il testimone che lo ferisce, si troncasse la parola prima che esso avesse spiegato il concetto di ciò che vuole opporre. Il reo non è là per essere muto spettatore del giudizio. Dal lasciarlo dire spesso avviene che meglio si chiarisca la sua colpevolezza, ma spesso avviene altresì che se ne chiarisca la

Digitized by Google

innocenza. E in ambo i casi vuole giustizia che siasi pazienti con lui. Lo interromperlo rivela o la presunzione di avere indovinato ciò che vuol dire, o una convinzione precoce della vanità del suo detto: e ciò fa sempre un bruttissimo senso nel pubblico.

(1) È doloroso vedere che alcuni procedimenti odierni abbiano dimenticato la necessità del costituto obiettivo, quasi ritenendola incompatibile col giudizio orale. Dove non si abbia processo *scritto* ciò starà bene: ma nel vero processo misto è un grave inconveniente. Da un lato ne può soffrire la giustizia, perchè quei discarichi che il giudicabile viene a dare al dibattimento possono essere suggeriti dal difensore dietro cognizione del processo: dall' altro lato ne può patire la innocenza, perchè i giurati possono sospettare (e spesso avviene tale sospetto) che i discarichi dati alla udienza siano ingegnosi trovati del patrono; mentre se il giudicabile avesse avuto un esame obiettivo li avrebbe dati identici dalla sua segreta, e così in condizioni di maggiore credibilità. Di più il costituto obiettivo può essere utile per rivelare i *complici*, o per discuoprire i veri autori del delitto; contro i quali spesso riesce malagevole riprender le fila della inquisizione dopo un' accusa sviata. Ma, prescindendo da queste considerazioni, è radicale il vizio di ogni procedimento scritto il quale si chiude senza aver dato al reo il modo di scolparsi mediante il costituto *obiettivo*. È questa la prima contestazione dell' accusa, come dissi ai §§. 893 e 894. Dallo ometterla ne nasce la più intollerabile delle iniquità: voglio dire la *coartazione della difesa*. Lo interrogatorio prescritto immediatamente dopo l' arresto non soddisfa al bisogno, perchè lo imputato si notizia soltanto in genere che a lui si addebita (per esempio) un furto: egli risponde che è innocente, e tutto finisce qui. Altre circostanze non gli si possono obiettare, perchè il processo non è anche fatto. Le circostanze a suo carico vengono poscia, e sono in apparenza

Digitized by Google

gravi; ma tali che lo imputato potrebbe dileguarne ogni forza a suo carico con tutta facilità e verità. Se però a lui non si contestano è impossibile che egli le chiarisca. E così si tiene in carcere forse per un anno e forse s' invia al pubblico giudizio un innocente al quale se si fosse detto ciò che sorgeva a suo carico sarebbe stato facile discolparsi completamente. Questi dalla buona scuola si chiamavano assassinii giudiciarii. Io ricorderò sempre con ribrezzo l' audacia e la malafede spiegata da un Procuratore del Re in una celebre causa, nella quale il cholèra che uccise in carcere quello infelice pochi giorni dopo la sentenza mi troncò le vie ad ottenere la dovuta riparazione della iniqua condanna. Il giudicabile nel suo esame alla udienza aveva dato dilucidazioni numeriche e documentali con le quali alla evidenza mostrava l' assenza di ogni dolo dal suo fallimento. Tutto fu vano in faccia alla obiezione che tutte queste giustificazioni erano serotine ed architettate dalla difesa perchè l' accusato non ne aveva mai dato cenno in processo. L' accusato *non era stato mai interrogato*. Mai! È un fatto positivo. Nè so se più debba deplorarsi il vizio del sistema o la mala fede di certi accusatori.

§. 937.

Nell' interrogatorio dei rei i progressi della scienza non tollerano più che si adoperi il *giuramento* (1) col quale un tempo si poneva un infelice in lotta fra la propria coscienza e il proprio pericolo. Oltre a ciò la ragione impone certe regole da osservarsi per raggiungere il fine al quale è ordinato; regole che le leggi procedurali devono più o meno esplicitamente imporre come precetto agli interroganti.

(1) Risale alla sapienza romana la sentenza *inhumanum est per leges quae perjuria puniunt viam perjurii aperi-*

Digitized by Google

re. Malgrado ciò invalse nei tempi di mezzo l' uso di fare giurare l' accusato nel suo interrogatorio. Nelle procedure di Francia se ne fece una formalità essenziale del processo. E mentre nel secolo passato i popoli culti avevano abolito questo barbaro uso, la Francia vi aderiva tenacemente, e Bouchet d' Argis era nel 1781 costretto a declamare contro il medesimo, e dire, quantunque francese, che nella giustizia la Francia era rimasta sempre addietro a tutte le altre nazioni.

§. 938.

Tali regole, che si accomunano congruamente anche agli esami dei testimoni (oltre ciò che premisi al §. 894) sono le seguenti — 1.° — usare sempre metodo *analitico*. Il giudice interrogante non deve mai procedere da una *cognita;* deve interrogare come se non sapesse quello che sa: altrimenti suggerisce e non interroga. — 2.° — cercare nel linguaggio la maggiore *precisione* e *chiarezza* — 3.° — esaminare ciascuno (1) *separatamente* — 4.° — invitare l' interrogato a indicare i mezzi di *comprovare* ciò che afferma, sia richiamandolo sulle *circostanze,* sia richiamandolo sui *contesti* — 5.° — ove l' esame debba esser recato in scritto, farne *lettura,* e chiederne la *conferma,* e possibilmente la *firma* all' interrogato (2). — 6.° — evitare il *suggesto*.

(1) Lo esame fatto *turmatim* di più testimoni, di più accusati contemporaneamente, fu sempre riprovato da tutte le pratiche per il duplice vizio che porta seco della confusione e del suggesto reciproco. Ma gli ordinamenti moderni hanno spinte le cautele fino ad interdire che chi deve essere in-

Digitized by Google

terrogato poi sia presente alla interrogazione che precedentemente si faccia ad un altro. E questa regola in tema di testimoni si è incarnata come assoluta nelle legislazioni e giurisprudenze contemporanee: Rogron *code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples, art.* 316, 317 — Mittermaier *teoria della prova pag.* 360, *Milano* 1858. Bonnier *traité des preuves pag.* 272, *Paris* 1862 — Faustin Helie *traité de l' instruction criminelle vol.* 3, *pag.* 563, *Paris* 1845. Laonde i moderni proceduristi riconoscono nei difensori degli accusati il diritto di fare vigilare le porte affinchè i testimoni che devono essere esaminati non stiano origliando mentre s' interroga l' accusato o altri testimoni: Nicolini *procedura penale part.* 3, *n.* 5996.

(2) È notevole una disposizione del codice Annamita diretta ad eliminare il pericolo che in una scritta procedura si consegnino in un modo meno esattamente conforme al vero le risposte degl' inquisiti. Questo codice prescrive che le risposte dello imputato debbano da lui stesso di propria mano vergarsi sulle pagine del processo: e se lo inquisito non sa o non può scrivere ordina che gli sia fatta abilità di chiamare un terzo di sua fiducia il quale debba sotto gli occhi suoi, e sotto gli occhi del giudice, vergare in processo le risposte da lui dettate: Aubaret *code Annamite livre* 3, *part.* 10, *sect.* 29, *tom.* 2, *pag.* 52, *Paris* 1865.

§. 939.

Il *suggesto* in genere consiste nel procedere per guisa da *presupporre* certo ciò che si cerca; e così *suggerire* al rispondente la risposta: la quale per conseguenza non viene più ad essere la spontanea espressione dell animo suo, e la manifestazione genuina di ciò che egli sapeva prima di venire allo interrogatorio, ma un' eco di ciò che il giudice stesso gli ha suggerito. Viziosissimo è ogni interroga-

Digitized by Google

torio che pecca di suggesto. Vizioso *logicamente*, perchè procede su petizione di principio. Vizioso *giuridicamente*, perchè fa dubitare della veridicità della risposta (1).

(1) Furono concordi i migliori pratici a dichiarare nulla la confessione dei rei emessa al seguito di suggesto: Merenda *controversiae lib.* 5, *cap.* 12 — Coccejo *exercitationes curiosae disputat.* 76, *de suggestionibus eorumque jure cap.* 4, §. 19. Ma a che giovano oggi questi precetti? Quando con un artifizio suggestivo il Presidente ha imbrogliato il giudicabile, l' impressione sui giurati è fatta e il desiderio di farlo appiccare è raggiunto. La corda è filata.

§. 940.

Guardato rapporto al suo *oggetto* il suggesto può cadere o sui *fatti*, o sulle *cose* o sulle *persone*. Cade sui *fatti* dei quali si cerca la sussistenza, quando consiste nel porre entro la interrogazione la risposta a ciò che si brama sapere, o l' affermazione di cosa tuttora incerta. Cade sulle *cose* o *persone* che si vogliono identificare, quando si presenta alla recognizione quella *unica* cosa o persona che il giudice *presuppone* identificata. Il precetto della recognizione *inter plures* emana da un criterio logico, ed è prescritto dai pratici di tutti i tempi. Senza questa forma non si può mai esser certi della *spontaneità* della recognizione, e per conseguenza della sua verità. Ma non basta con sistema grossolano e quasi ridicolo porre fra due altre persone o due altri oggetti la persona o l'oggetto che si vuol fare riconoscere. Bisogna di più che quegli altri due oggetti

Digitized by Google

o quelle altre due persone siano — 1.° *incognite* al riconoscente; 2.° *simili* per quanto è possibile alla persona od oggetto da riconoscersi. Questo non ha bisogno di essere dimostrato, perchè è una deduzione necessaria del principio logico che comanda la recognizione *inter plures*. E fa dolore il vedere troppo spesso conculcate queste cautele con scherno della legge e dello stesso senso comune.

§. 941.

Guardato rapporto al *modo* con cui si pone in essere il suggesto dividesi in *verbale* e *reale*. Il *verbale* è quello che si fa col presentare la dimanda capziosamente. Il *reale* è quello che si fa con atti materiali di intimidazione e violenza. Vi è suggesto quando cercando la identificazione di un oggetto o di una persona si presenta (come ho detto) allo interrogato quel tale oggetto o persona che l' accusa vuole identificare non mescolandolo con altri. Questo suggesto potrebbe dirsi *implicito* (1). Questa forma di suggesto è *mista* di reale e di verbale. È reale in quanto con la presentazione di quella cosa si suggerisce allo interrogato la idea della identità di quella cognita con la incognita che si cerca. È verbale in quanto con la interrogazione viene a suggerirsi tale idea di identità.

(1) È sempre debito dello interrogante di richiamare lo interrogato alla più esatta e minuta descrizione della cosa o della persona, e di tutti i suoi connotati e particolarità prima di presentargliela.

Digitized by Google

§. 942.

Il più barbaro, il più esecrato, e il più illogico fra i suggesti reali è la *tortura* (1). Sottoponendo l' interrogato ai tormenti si presuppone che egli sappia ciò che nega sapere; si presuppone vero ciò che impugna; si presuppone colpevole: si presuppone in una parola come già provato ciò che forma oggetto tuttora incerto della investigazione. Di più si sottopone al male grave ed effettivo dei tormenti un uomo, del quale è dubbio tuttora se sia innocente o colpevole, o se sia sincero oppure mendace nelle dichiarazioni che si vuole costringere a ritrattare (2). Infine si violano i precetti della legge naturale, perchè si usa del corpo umano come strumento ai nostri desiderii. Gli antichi Greci, e in generale tutti i popoli meridionali, la usarono indistintamente. I Romani non ne usarono che contro i servi, perchè li consideravano come *cose;* ma sotto l' impero d' oriente si scordò affatto questa distinzione. Poscia le invasioni dei popoli del nord i quali, quantunque si volessero dire barbari, meglio rispettavano la umana personalità, la fecero cessare per tutto l' orbe romano. Esclusa dalla legge Salica, Ripuaria, Bavara, e proscritta dai Carlovingi, per qualche tempo scomparve. Ma i processi di eresia ne avevano necessità, perchè senza le rivelazioni dell' accusato male si potevano conoscere le sue credenze. E la tortura risorta nei tribunali ecclesiastici, allargatasi col processo inquisitorio, accarezzata per ottenere la prova legale; tornò ad invadere quasi tutta l' Europa, dove per parecchi secoli ne fu

Digitized by Google

fatto un abuso orribile con le tanaglie, con le corde coi chiodi, coi cavalletti, e con cento altri ritrovati di una curiosità crudele. Nè soltanto si torturarono gl' inquisiti, ma anche i testimoni, e per poco che il deposto loro non rispondesse alle mire della inquisizione si martoriarono barbaramente. La storia mostrò che coi tormenti si erano ottenute spessissimo confessioni di cose false e di cose impossibili. La ragione mostrò che per cotal guisa la reità e la innocenza dipendeva dal coraggio, e dalla durezza dei nervi del giudicabile. La umanità si rivoltò contro un metodo atroce che storpiava gli uomini (3) per un mero sospetto. Ed una delle più belle conquiste di cui la civiltà odierna possa subire, fu quella appunto di condannare al fuoco tutti questi armamentarii di una giustizia insana e feroce. Sembra impossibile che per un rispetto a *ciò che è stato fatto per sì lungo tempo da tanti popoli culti con coscienza di fare cosa buona,* siasi udito ai nostri giorni risuscitare l'elogio della tortura, come di cosa non tanto irragionevole, e in certi tempi e condizioni anche vantaggiosa! Tali sono le conseguenze dell' amore troppo cieco al sistema così detto storico (4).

(1) La tortura si censurò dai moralisti. Dopo sant' Agostino, la Bruyere e Charron (*de la sagesse liv.* 1, *chap.* 4, §. 7) e Montaigne (*Essais lib.* 2, *cap.* 5, *Paris* 1802) notarono che per timore di uccidere un innocente gli si faceva peggio che ucciderlo. Fra i pubblicisti Grozio nelle sue lettere (*lettera* 693) la proclamava il presidio dei rei robusti. Mascardo (*de probationibus conclus.* 901) ne mostrava i danni alla innocenza. Oldekop (*contra Carpzovium observationes tit.* 5, *app.* 349, *Bremae* 1691) raccolse parecchi fatti d' innocenti confessi sotto

Digitized by Google

la tortura. Merita speciale osservazione la dissertazione che Martino Bernardi pubblicava in Hala nell' anno 1705 con il titolo: *de tortura ex foris Cristianorum proscribenda,* per il modo completo e solido con il quale svolse tutti gli argomenti contro la tortura, e per i molti fatti che raccolse a mostrarne i tristissimi effetti. Questa dissertazione è nella raccolta del Thomasio *vol.* 2, *dissert.* 69. *edit. Magdeburgi.* Vedasi Langlaeus *(semestrium lib.* 9) e Van-Eck *(theses juris controversi pag.* 209, *Lugduni Batavorum* 1775) e Charondas *(Pandectes du droict francois liv.* 4, *chap.* 10, *Paris* 1637) ove riporta due casi di innocenti i quali confessarono sotto la tortura assassinamenti immaginarii. Non è niente vero che la guerra alla tortura sia un prodotto del liberalismo moderno. I novatori Italiani del passato secolo la stigmatizzarono come tutti sappiamo, e da ogni lato sorse il grido di riprovazione: Caesar *Reprehensa tortura insontibus calamitosa, sontibus favorabilis, nec Reipublicae necessaria, Lipsiae* 1770. In Austria fu abolita per le cure di Sonnenfels. In Toscana per editto di Leopoldo I. In Francia per il decreto del 24 agosto 1780. La storia della sua abolizione in Prussia la dà Behmer *novum jus controversum observ.* 74, *Lemgoviae* 1771. Non mancarono però uomini di tanto cuore e di tanto senno da negarsi alla voce della umanità ed alla luce della evidenza prendendo audacemente a sostenere questa abominazione: si veda Lamprecht, *analecta de tortura, Halae* 1783. E parve ad alcuni grande mercè che della tortura si moderassero soltanto gli abusi, senza peraltro abolirla: Liebich *Utrum tortura penitus abroganda an tantum limitanda videatur, Lipsiae* 1772 — Sembach *De modo torturae secundum leges habendo, Lipsiae* 1772 — Baver *De effectu infitiationis sub tormentis, Lipsiae* 1772 — Reynold *De reo sub tormentis specialiter non interrogando, Lipsiae* 1774 — Opgelder *de quaestionibus sive tortura reorum, Lugduni Batavorum* 1762. Dov' è la ingiustizia? dicevasi dai sostenitori della tortura. Non è anzi giusto che

Digitized by Google

un uomo sopporti la pena di aver *dato occasione di sospettare* di lui! Di che lagnasi il reo? soggiungevano altri: la tortura è a *tutto favore* dell' accusato; perchè lo fa *giudice in causa propria*. Persista a negare, ed è salvo.

(2) Chi voglia formarsi una idea dell' antica tortura legga i tre volumi del Toselli *foro criminale Bolognese, Bologna* 1841-42: e gli estratti del celebre processo contro le streghe del Tirolo pubblicati dal Dandolo sotto questo titolo, Milano 1855, dove si trovano fedelmente riprodotti molti esami di accusati o di testimoni sottoposti a tormenti.

(3) È un fatto storico che un capitano di masnadieri assuefaceva i suoi uomini alla tortura, come si assuefanno oggi agli esercizii militari, perchè potessero sostenerla cadendo in mano della giustizia.

(4) Nelle vecchie pratiche si erano introdotte due specie di tortura dei rei. L' una dicevasi *preparatoria*. Ed era quella che si usava dallo inquisitore per indurre lo inquisito a confessare il proprio delitto con le sue circostanze. L' altra dicevasi *preliminare (préalable)* ed era quella alla quale si sottoponeva il condannato a morte prima della esecuzione per indurlo a rivelare i suoi complici. Questa seconda forma crudelissima ed insana fu abolita da Luigi XVI con l'Editto del 1788, dopochè aveva con altro Editto del 1780 (14 agosto) abolito già la tortura *preparatoria*. Ma è notabile che Luigi XVI nell' Editto del 1788 si riservò di ristabilire la tortura preparatoria quando *la esperienza ne avesse mostrata la necessità*: Du Boys *histoire du droit criminel pag.* 258.

Digitized by Google

III.

Testimoni.

§. 943.

La parola *testimonio* nel linguaggio figurato può referirsi così ad una *cosa* come ad un *fatto*, ma nel linguaggio giuridico non designa che una persona. *Testimone* dicesi qualunque persona di cui usiamo a far fede di cosa dubbia.

§. 944

I testimoni possono essere *istrumentali*, o *ordinarii*. *Istrumentali* sono quelli che si chiamano appositamente ad assistere ad un atto solenne per certificarne e completarne la forza probatoria *esterna*. *Ordinari* sono quelli che accidentalmente informati di qualche fatto si chiamano a narrare ciò che ne sanno.

§. 945.

Le *qualità* richieste nei testimoni istrumentali devono essere preventivamente determinate dalla legge.

§. 946.

Quanto ai testimoni *ordinarii* è necessario prendere quelli che la eventualità rese informati di ciò che si cerca. Laonde, potendo il caso offrire a te-

Digitized by Google

stimonj di un fatto persone di dubbia fede, essi si dividono naturalmente in *idonei* o *classici*, e *inidonei* o *eccezionabili* (1).

(1) Vedasi Hommel *Rhapsodia quaestionum vol.* 1, *observat.* 211, *Cathalogus testium alphabeticus, Beyruthi* 1782 — Farinaccio *de testibus, per tot.* — Langlaeus *semestrium lib.* 3, *et lib.* 4, *cap.* 5 — Kind *Quaestiones forenses lib.* 1, *cap.* 81, *pag.* 317, *Lipsiae* 1792 — Colero *Decis.* 127. Differisce dalla nostra la classificazione che dei testimoni si porge da Weiske §. 238, ed è forse più esatta. I testimoni *inidonei* (egli dice) sono quelli che *non possono* dire la verità perchè non la sanno, come i ciechi, i dementi, i fanciulli. I testimoni che *possono* (se vogliono) dire la verità sono tutti *idonei*. I testimoni idonei si suddividono in *integri* e *sospetti* secondo le circostanze, per le quali è dato di dubitare che essi *non vogliano* dire la verità che sanno.

§. 947.

La fede che si accorda all' asserto di alcuno ha per base la esperienza; la quale mostra che l' uomo *per regola* percepisce e narra il vero, e solo eccezionalmente si inganna o mentisce. Cotesta regola si avvalora perciò di due presunzioni — 1.° la presunzione che i sensi *non abbiano ingannato* il testimone — 2.° la presunzione di veridicità che assiste ogni uomo, la quale porta a ritenere che egli *non voglia ingannare*.

§. 948.

Coloro nei quali quelle due presunzioni conservano la ordinaria efficacia, si dicono testimoni *ido-*

Digitized by Google

nei. Si dicono *eccezionabili* quelli rapporto ai quali una qualche circostanza fa vacillare l' una o l' altra di coteste presunzioni, od entrambe. La critica della credibilità di un testimone dipende tutta dal concorso di qualche circostanza che induce a temere, o che siasi ingannato, o che abbia voluto ingannare. Dunque le eccezioni contro un testimone forza è che cadano o sul suo *intelletto* (sospetto ch' ei s' inganni) o sulla sua *volontà* (sospetto ch' ei voglia ingannare).

§. 949.

Le cause *intellettuali* possono essere o *assolute*, o *relative:* secondo che il testimone è inabilitato a scernere il vero su tutto, come il demente; o soltanto su certe cose, come il cieco, il sordo, lo straniero, su ciò che dipende dalla vista, dall' udito, o dalla cognizione del linguaggio (1).

(1) I difetti fisici per cui non si menoma la facoltà di intendere e ragionare non sono eccezioni plausibili. Perciò mi apparve privo di senso comune l' obietto che udii fare da certuno contro la credibilità di un testimone, perchè era *bleso l vera refero.*

§. 950.

Le cause che influiscono sulla *volontà* del testimone sono tutte quelle che eccitando in lui un *interesse* a mentire, fanno sospettare che per obbedire a tale interesse abbia deviato dalla naturale propensione che lo spingerebbe ad essere veridico

Digitized by Google

Questa seconda serie di eccezioni o difetti (che se si guarda nella *influenza sull' animo* del testimone risale ad un unico principio) si suddivide poi in due subalterne serie quando si guarda nel suo *modo di rivelarsi all' animo del giudice.* È questo il criterio col quale i giuristi dividono le cause di sospettare il mendacio del fidefaciente, nelle due classi di difetti nella *persona,* o difetti nel *detto.* Non è questa una divisione che emerga dalle condizioni intrinseche del mendacio, ma tutta risiede nella varietà delle forme con le quali si manifesta il mendacio stesso o ne sorge il sospetto.

§. 951.

Sono difetti nella *persona* quelli che si rivelano al solo considerare le condizioni *personali,* di un testimone, prima ancora che parli. Difetti nel *detto sono* quelli che sorgono inattesamente dalla sua deposizione.

§. 952.

I principali difetti nella *persona* del testimone derivano dalle seguenti cause:

1.° Dal pubblico *disprezzo* — per cui si dicono eccezionabili i lenoni, le meretrici, i questuanti, per la facilità ad essere compri.

2.° Dal *delitto* — per cui sia stato il testimone inquisito o condannato altra volta; purchè sia tal delitto che mostri abitudine ad *ingannare,* o *mentire* (1).

3.° Dai *rapporti col processo* — quando vi abbia interesse: come i soci (2) del delitto; i partecipanti alle multe; gli offesi in quanto alle circostanze del

Digitized by Google

fatto che loro rechino lucro; i denuncianti (3); quelli che depongono a propria esonerazione, o che sonosi offerti ultronei a testificare.

4.° Dai *rapporti* con la *persona del reo* o *dell' accusatore:* amici e nemici, congiunti, servi, dipendenti, subalterni in impiego, familiari, difensori.

5.° Dalla *natura* della prova — nel sistema delle prove legali è difetto nei testimoni la *unicità.*

(1) Farinaccio *de testibus quaest.* 56 — Damhouder *praxis rerum criminal. cap.* 50, 51, *Antuerpiae* 1646 — Carpzovio *practica nova rerum criminalium pars* 3, *quaest.* 114, *n.* 26 *ad* 38, *Francofurti ad Moenum* 1758 — Matthaei *de criminibus lib.* 48, *tit.* 15; *de probationibus cap.* 2 *et seqq. Ticini* 1803 — Thomasio *dissert.* 127, *tom.* 4, *pag.* 539, *Halae Magdeburgicae* 1780 — Bohemero *meditationes in Carolinam art.* 67 — Leyser *medit. ad pandectas spec.* 283, *med.* 33.

(2) *L.* 6, *C. de accusatoribus* — Pagano *Teoria delle prove cap.* 13 — Cephalo *cons.* 462, *lib.* 4, *pag.* 31 — Scaccia *de judiciis cap.* 81, *Coloniae Agrippinae* 1738.

(3) Si chiamano *denunzianti* coloro che si limitano a dar parte del delitto *in genere* senza indicarne il preciso autore; si dicono *querelanti* quelli che hanno inoltre designato alla giustizia l' individuo che affermano delinquente. Finchè gli uni o gli altri si limitano a tale funzione possono nei congrui casi restare passibili dell' addebito di calunnia. Ma spesso avviene che essi assumono ancora la veste di testimoni; nel quale caso non vi è dubbio che si rendano passibili delle pene minacciate ai falsi testimoni, e codesto loro pericolo accresce le ragioni della loro credibilità. Dissertarono specialmente sulle varie specie di testimoni, Van-Limburg *de testib. in causis criminal. Traiecti ad Rhenum* 1825 — Ras *de vinculi cognationis et affinitatis vi et efficacia in jure criminali, Trajecti ad Rhenum* 1848

Digitized by Google

— Verbeek *de fide in causa criminali, testibus qui dicuntur famosis habenda, Dordraci* 1847 — Van Loanen *de testium fide in inquisitione praevia criminali jurejurando firmanda, Trajecti ad Rhenum* 1846. In ordine alla fede da darsi alle deposizioni degli offesi incontrasi una pronunciatissima discrepanza di opinioni. La maggior parte degli antichi dottori proclamò *inidoneo* l' offeso che si udìa come testimone; repugnante che la parola di colui che contro l' altro non aveva nessun valore nel giudizio civile avesse peso trabocchevole nel giudizio penale. La moderna giurisprudenza ha fatto in certa guisa un sacrificio alla pubblica sicurezza, ed in pratica si tiene gran conto (e sovente anche troppo) del deposto del leso. Io ho avuto in pratica un processo ove non si esaminò che un solo testimone, ed era l'*offeso*; ed il reo negativo fu condannato. In questo conflitto non bisogna dimenticare una distinzione: quando il delitto è certo nel suo *materiale* per prova che ne emerga da altro lato, e dall' offeso si cerca soltanto la designazione dello speciale autore di quel reato, non può più parlarsi di *animosità*. Codesto obietto che l' accusato faccia al dolente, pecca d' intrinseca contradizione; perchè l' animosità di un offeso non può essere diretta che contro il suo *vero* offensore; sicchè il reo supponendo l' animosità suppone il proprio delitto che vorrebbe negare. Che se l' animosità si giustifica per *altre cause*, allora il testimone non più si eccezione perchè *offeso*, ma perchè già d' altronde *nemico*. Solo in certi casi il sospetto contro l' offeso può nascere dalla ricchezza dell' accusato, la quale solleticando l' avidità del leso gli faccia dimenticare il sentimento della vendetta contro il suo vero offenditore (che forse è un miserabile) nella speranza di un pingue lucro a titolo d' indennità. È questo il movente ordinario di molte querele di stupro, le quali nella mia pratica non vidi mai dirigersi contro poveri. Ma nel opposto caso, quando cioè il materiale è dubbio, e la prova del medesimo o delle sue più gravi circostanze si vuole costruire sulla unica attestazione del dolente, la ecce-

Digitized by Google

zione deve militare contro di lui, appo giudici coscienziosi, con tutta la energia della sua forza.

§. 953.

Si dicono eccezionabili o difettosi nel *detto* i testimoni.

1.° Che narrano cose *impossibili,* o grandemente *inverosimili.*

2.° Che si esprimono in modo incerto e *dubbioso,* per quanto siano molti di numero; perchè cento *mi pare* non possono fare un *è.*

3.° Che sono o *varii,* o *contradittorii* (1) seco medesimi.

4.° Che non danno *causa della loro scienza. Leg. sola testatione 4 (alias 3) Cod. de testibus;* secondo la interpretazione che a questa costituzione fu data da Baldo, Alberico, Castrense, Cyno, Saliceto, e dalla comune dei dottori; Mornac *in dictam legem:* interpretazione con poco fondamento modificata da Brunnemann *in Cod. lib. 4, tit. 20, leg. 4.*

5.° Che risultano *mendaci* in una *parte* del loro deposto: onde la regola di ragione naturale — *mendax in uno mendax in toto.*

6.° Che depongono con *animosità,* con *affettazione;* o se in più, *per eumdem praemeditatum sermonem.*

7.° Che sono *singolari* di singolarità *ostativa,* o *diversificativa;* non però di *amminicolativa.*

8.° Che furono esaminati *senza giuramento.* È infatti comune avviso, malgrado i sottili obietti del Carmignani, che debba tenersi come di

Digitized by Google

grande importanza la cautela del giuramento ai testimonj (2).

(1) Il testimone è *contraddittorio,* quando nella stessa deposizione dice prima in un modo e poscia in un altro; e questo a lui toglie ogni fede. Dicesi *vario* quando in una seconda deposizione varia e corregge ciò che aveva detto in un primo deposto; e tale circostanza benchè generi qualche sospetto contro di lui, pure può non essere di ostacolo alla sua credibilità quando egli renda ragione dello avere variato. La forza di questa eccezione dipende dunque dalla maggiore o minore solidità delle ragioni che adduce del suo mutamento: se questo è capriccioso, il teste rimane sospetto; ma se ne adduce un giusto motivo può cessare il sospetto, ed anzi accrescere fede al testimone. Esempio: disse in un primo esame che la distanza di un luogo era di cento passi; poi ritornò e disse di aver misurato quella distanza ed averla trovata duecento passi. Questa variazione accredita il testimone anzichè screditarlo, perchè lo mostra serio nel deporre e lo correda di una causa positiva di scienza. Ma se invece si limita a dire che sbagliò, od allega vani pretesti, può la sua varietà renderlo sospetto di falso, o per lo meno di leggerezza, e farlo indegno di ogni credenza.

(2) Caldero *Decisiones Cathaloniae, decis.* 7. Si è ai nostri giorni impegnata vivissima disputa in quanto alla forma religiosa con la quale deve deferirsi e respettivamente prestarsi il giuramento. Si è ammesso in genere il principio che ognuno debba giurare secondo il rito della religione che professa, perchè sarebbe ridicolo che un turco giurasse sullo evangelio, ed un cattolico sull' alcorano. Ma si è voluto introdurre una distinzione fra culti *tollerati* e *non tollerati,* e la disputa è divenuta gravissima in faccia ad un testimone che dichiari di essere *libero pensatore.* È indubitato che nel giure romano era permesso a chiunque fosse chiamato a giurare di prestare il giuramento secondo la forma del

Digitized by Google

culto da lui professato: *leg.* 5 *ff. de jurejurando* — *Divus Pius jurejurando quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit.*

In questo frammento è chiaro che il Giureconsulto Ulpiano adopera la parola *superstitio* nel senso di *culto.* Infatti il culto è cosa *super imposita* alla religione. La religione è tutta nell' *animo.* Il *culto* è una manifestazione del *corpo* il quale mediante gli organi suoi manifesta la intima credenza dell' anima in quanto alle sorti che essa subirà in un' altra vita e in quanto all' ordine di moralità che essa deve osservare nella vita presente. Secondo la dottrina romana dunque non poteva ammettersi la distinzione fra culto tollerato e non tollerato, la quale porta allo assurdo di far giurare un uomo secondo una religione nella quale egli non ha fede, per la sola ragione che piace al governo di non tollerare la religione nella quale egli ha fede. Ma il responso di Ulpiano non scioglie la questione del *libero pensatore* il quale non credendo nella immortalità dell' anima e nella esistenza di Dio non può avere *superstizione* o culto nessuno. Quanto al non credere nella immortalità dell' anima la difficoltà sarebbe meno grave, perchè colui credendo a Dio potrebbe temere i castighi della divinità contro gli spergiuri in questa vita terrena. Ma la difficoltà è più grave quando la miscredenza si estende persino alla esistenza di un Essere supremo. Allora costringere a sfidare le vendette di Dio un uomo che solennemente dichiara di non credere in Dio, è una vera ridicolezza ipocrita, e non aggiunge nessunissima guarentigia pratica alla veridicità del testimone. Pure vi sono molti che tenacemente sostengono doversi obbligare alla invocazione della divinità anche colui che dichiara di non credere in alcun Dio. A sostegno di questa opinione non può addursi altra ragione solida tranne questa, che se si ammettesse di esimere dal giuramento religioso chi si dichiara *libero pensatore,* potrebbe con tale dichiarazione esimersi dal giuramento qualunque testimone che avesse forti motivi per mentire, quantunque egli fosse veracemente

Digitized by Google

cattolico. In faccia a siffatti motivi potrebbe repugnare meno al cattolico il rossore di una menzogna sulle sue opinioni religiose detta al fine di esimersi dalla invocazione di Dio, di quello che un giuramento falso inesorabilmente punito dal cielo. Si vedano i commentatori alla suddetta *leg.* 5, e l' opuscolo di Niceforo pubblicato in Catania il 1876 sotto il titolo la *libertà di coscienza.* È dunque assurdo pretendere che un *libero pensatore* invochi Dio a testimone della sua veridicità, perchè ciò non aggiunge alcuna guarentigia alla sua deposizione: è esorbitante punirlo per la ricusa a giurare, perchè si puniscono con ciò le credenze del cittadino. Ma non è logica la conseguenza che se ne vuole trarre spingendosi alla abolizione generale del giuramento; perchè in tal guisa esimendo da giurare anche i credenti si rinunzia ad una cautela che può nella maggior parte dei casi riuscire utile alla giustizia ed alla sicurezza degli accusati.

§. 954.

La *singolarità* s' incontra quando più sono i testimonj a deporre di un fatto, ma nel deporne sono discordi fra loro: e in ciò differisce dalla *unicità* (1), la quale s' incontra quando uno solo è il testimone che depone di un fatto. La *singolarità* (2) poi dicesi *ostativa* quando ha le due condizioni di cadere sul *fatto principale* e di non ammettere *conciliazione:* e questa toglie ogni credibilità ai testimoni che vicendevolmente si elidono. Dicesi *diversificativa* quando ha le due condizioni, di cadere sulle *circostanze accessorie,* e di non ammettere *conciliazione:* e questa scredita i testimoni sebbene non tolga loro ogni fede. Dicesi singolarità *amminicolativa* quando cade sulle *circostanze accessorie,* e può ammettere *conciliazione:* e questa può non essere di alcun pre-

Digitized by Google

giudizio alla credibilità dei testimoni. Esempio di singolarità *ostativa:* uno dice il colpo di coltello lo ammenò Tizio; l'altro dice lo ammenò Cajo: il colpo di coltello fu unico, e non potendo ammettersi che lo ammenassero Tizio e Cajo ad un tempo, quei due testimoni vicendevolmente si elidono, e non vi è prova nè contro Tizio nè contro Cajo. Singolarità *diversificativa:* vidi Tizio ferire ed aveva calzoni bianchi; l'altro testimone dice vidi Tizio ferire ed aveva calzoni neri: le due deposizioni sono inconciliabili, ma non sul fatto principale, essendo concordi i due testi nello accusare Tizio. Pure quella diversificazione inconciliabile offre una grave eccezione contro la loro credibilità. Singolarità *amminicolativa:* vidi Tizio corrissare ed aveva il cappello in capo: vidi Tizio corrissare ed era senza cappello. Vi è contradizione, ma conciliabile, perchè il cappello può esser caduto a Tizio nell'atto in cui l'occhio del secondo testimone portavasi sopra di lui; laonde questa singolarità può non diminuire la fede dei testimoni.

(1) Cephalo *lib.* 3, *cons.* 438, *pag.* 299, *Francofurti ad Moenum* 1579 — Buccaroni *de differentiis differ.* 82, il quale fa la questione se neppure il Papa *in plenitudine suae potestatis* abbia autorità di decretare che il testimone unico, faccia piena prova. Ma volendo parlare con esattezza di linguaggio si deve dire che è eccezione *contro la prova* lo essere fondata sopra un testimone unico; e non dire che il testimone *unico è* eccezionabile.

(2) Riminaldo *cons.* 480 — Sabelli *summa tom.* 4, §. *testes* 9, *n.* 79, *Parmae* 1717 — Laderchi *cons.* 881, *Ferrariae* 1600.

Digitized by Google

§. 955.

Nel punto di vista della loro *punibilità* quando depongano il falso, le pratiche odierne finchè si tratta di determinare il titolo di falsa testimonianza non distinguono se abbiano o no *prestato giuramento.* Ma non può negarsi che nel punto di vista della loro *credibilità* lo aver giurato aggiunga un maggior peso alla loro fede. Nel processo misto si sono alternati a seconda dei tempi e dei luoghi due diversi sistemi: l' uno è quello che nel processo *scritto* il testimone si esamini senza giuramento e poi si deferisca il giuramento nel processo *orale:* l' altro è che *ambedue le volte* si costringa a giurare. Questo secondo sistema offre guarentigie maggiori per l' invio al giudizio, e parrebbe per questa ragione preferibile: ma invece dall' altro lato dà al processo scritto un peso troppo preponderante sul processo orale; rende difficile che un testimone voglia ritrattarsi alla pubblica udienza confessando di essere stato spergiuro in faccia all' istruttore, e costringe insensibilmente i giudici direttori del dibattimento a fare del processo orale una ripetizione del processo scritto; e determinare il loro giudizio principalmente su questo; lo che denatura i caratteri costituenti della oralità. Con questo sistema può dirsi che si mantenga il processo inquisitorio. Con la sola modificazione e guarentigia della *confrontatio testium* obbligatoria, la quale costringe il testimone a ripetere in faccia all' accusato quello che disse nel segreto della inquisizione; e rende inattendibile e come non avvenuta qualunque deposi-

Digitized by Google

zione alla quale manchi il suggello della *confrontatio*. Il metodo di non far giurare i testimoni nello esame scritto mantiene nel giudizio misto la prevalenza del processo accusatorio sullo inquisitorio, ed è senza dubbio guarentigia migliore contro gli errori o gli abusi del giudice istruttore. Avvi inoltre un' altra differenza nel modo e tempo di deferire il giuramento al testimone, sulla quale hanno oscillato ed oscillano le diverse pratiche. In alcune si fa prestare giuramento *prima* che deponga, in altre gli si deferisce il giuramento *dopo* che ha deposto. Col primo di questi riti il teste *promette* di dire la verità, ed è veramente un giuramento *promissorio*. Con la seconda forma il teste *asserisce* di aver detta la verità, ed è un giuramento *assertorio*. Questo secondo metodo parrebbe più logico, perchè il teste quando giura conosce e sa cosa giura. Ma l' altro metodo previene gli effetti della leggerezza e della precipitazione nelle risposte, perchè il teste vi rifletterà più seriamente sapendo di avere chiamato Dio in testimone di quanto dirà. Inoltre si adatta meglio allo emergente nei richiami del testimone a nuovi schiarimenti e dichiarazioni nel seguito del dibattimento. Io preferirei il giuramento *promissorio* salva la facoltà nel Presidente di imporre al testimone anche il giuramento *assertorio* al termine della sua deposizione quando si tratti di deposizione importante. Questo sistema misto si usava nei processi civili dalla vecchia pratica Toscana (1).

(1) In quanto al giuramento nel processo scritto trovo che un sistema eclettico si è proposto nel nuovo progetto di co-

Digitized by Google

dice di procedura penale Alemanno del 1873. Ivi si manterrebbe come regola generale che nella istruzione scritta non debba d' ordinario deferirsi giuramento ai testi, tenuta ferma la sua indole di atto meramente *preparatorio* del giudizio, ma come eccezione si darebbe facoltà al giudice istruttore di deferire il giuramento in certi casi tassativamente determinati; e cioè — 1.° quando si prevede che il testimone *sarà impedito* di comparire al giudizio orale — 2.° quando il giuramento *parrà necessario* alla ricerca della verità. Geyer, nelle osservazioni che ha pubblicato su questo progetto (*Révue de droit international année* 5, *pag.* 426) loda questo metodo, riprovando a ragione il doppio giuramento. Ma egli aggiunge che nel progetto Tedesco i casi di eccezione sono descritti in modo *preciso:* ed a me sembra che il secondo dei suddetti casi niente abbia di preciso. La formula *quando parrà necessario* lascia completa libertà all' arbitrio del giudice istruttore. Si può dire questo sia un bisogno della situazione: ma non si può dire davvero che la legge abbia circoscritto *precisamente* i casi di eccezione.

§. 956.

Avvi taluno che per effetto di pregiudicate opinioni vuole aggiungere alla classe degli eccezionabili indistintamente tutti i testimoni *indotti dal reo* a propria discolpa. Inveiva contro codesto errore Beniamino Constant (*commentario a* Filangieri *pag. 207, cap. 9*) deplorando il perverso costume di alcuni giudici che anche ai suoi tempi con levità interrogavano, e con segni di disprezzo ascoltavano i testimoni a difesa. Si usano (egli diceva) tutte le insinuazioni, e le arti per condurre i testimoni dell' accusa a conciliare le loro contradizioni, ed a far disparire dai loro deposti tutte

Digitized by Google

le inverosimiglianze. Si usano invece tutte le arti per cogliere in fallo i testimoni indotti a difesa. Io non conosco (aggiungeva) nulla di tanto scandaloso e di tanto criminoso quanto codesta condotta. I lamenti dell' illustre filosofo avevano bene un fondamento di ragione se il fatto sussisteva. Il giudice deve accogliere senza preoccupazione così le deposizioni dei testimoni a carico, come quelle dei testimoni a discarico. Non può ammettersi come presunzione che il testimone dell' accusa sia imparziale, e il testimone della difesa sia subornato. La eccezione o il sospetto contro i testimoni a difesa non può ragionevolmente nascere che da quelle circostanze che rendono sospetti i testimoni ad offesa. La *ultroneità,* secondo i casi, sarà eccezione sì contro gli uni, che contro gli altri. Ma, se bene si considera, la *ultroneità* deve tenersi come eccezione più grave contro i testimoni che vengono a nuocere (1) al giudicabile, poichè non potendo negarsi la repugnanza che ha l' uomo a far del male al suo simile, la esibizione ultronea a fare una prova che trascina un infelice alla pena, rivela un segreto movente per cui si è vinta la pietà naturale; laddove il testimone a difesa, quando anche si esibisca ultroneo, trova spiegazione sufficiente del suo contegno, non solo nel sentimento della pietà, ma più ancora nel dovere cristiano d' impedire un male terribile, qual sarebbe la condanna di un innocente. Prescindendo poi dall' ultronea comparsa, quando un cittadino costretto dall' ordine del magistrato si reca a deporre, è incivile ed irragionevole, che il magistrato che lo intimò a comparire lo accolga con la prevenzione che ei venga a giurare il falso, solo

Digitized by Google

perchè il suo esame fu richiesto dalla difesa del reo. Non nego che in pratica i raffinati delinquenti si preparino talvolta testimoni a discarico: come qualche altra volta un raffinato calunniatore prepara i testimoni a carico. Ma codeste sono eccezioni, nelle quali le circostanze del caso illuminano il giudice sperimentato; nè sulle eccezioni può costituirsi una regola generale. Osservo di più che ammettendo il concetto di una eccezione permanente (2) contro i testimoni a difesa, si pone in balìa del Pubblico Ministero di rendere a talento suo eccezionabili i testimoni; lo che è intollerabile. Infatti alcuni Pubblici Ministeri portando l'occhio sul processo scritto per formare la nota di udienza, se trovano un testimone che nuoce al reo e due testimoni che quello smentiscono, richiamano nella loro nota il primo, e ne escludono i secondi: necessità nel difensore è allora di citare questi. Ma se i medesimi per tale strategia sono renduti eccezionabili, non è questo un porre la eccezionabilità dei fidefacienti nell'arbitrio di una parte? Carmignani insegnava all'opposto che il favore della difesa facesse buoni anche i testimoni eccezionabili. Se può disputarsi di cotesto precetto, non può peraltro controvertersi seriamente il principio della *eguaglianza* fra la credibilità degli uni e degli altri fidefacienti, nè la regola della prevalenza dei testimoni defensionali in caso di conflitto, e di parità di condizioni.

(1) Di qui la regola pratica che il testimone era eccezionabile quando non era stato regolarmente citato. Ma fra gli

Digitized by Google

antichi usi ricordasi ancora il metodo di citare *per campana:* Scaccia *de judiciis lib.* 1, *cap.* 36.

(2) Come per odio contro la difesa si volle dettare la massima esagerata della eccezionabilità di tutti i testimoni a difesa, così per sospetto contro l'accusa si dissero da molti eccezionabili tutti i *birri* anche prescindendo dalla loro veste di denunciatori: Persio *cons.* 26, *Neapoli* 1640 — Zuccaro *decisiones Lucenses decis.* 26, *Venetiis* 1632. Bisogna però rendere giustizia al vero, e confessare che la preoccupazione contro i testimoni a difesa non fu mai vizio della Germania. Ecco cosa insegnavasi dalla cattedra di Vienna nel 1755 — *Insignem favorem vulgo defensioni tribuunt, unicus enim testis pro defensione sui, immo domestici, consanguinei aliique secundum quid inhabiles admittuntur, si veritas aliter haberi nequit.* Bannizza *systemata cap.* 11, §. 7. E noi nel 1848 gridavamo, *fuori i barbari!!*

§. 957.

Diconsi poi testimoni *eccettuati* quelli che non possono essere uditi in esame. La *eccettuazione* può essere o *assoluta,* o *relativa;* secondochè una persona non può in una causa indursi a testificare su *nessuna circostanza:* oppure può in genere essere indotta a testificare in quella causa, ma non può venire interrogata sopra un ordine speciale di circostanze.

§. 958.

Sono esclusi *assolutamente* coloro che hanno col reo tali rapporti di congiunzione da rendere immorale il costringimento verso di loro: come l'ascendente e discendente, il coniuge, il fratello, nell'accusa contro il fratello, contro il coniuge, contro l'ascendente o discendente. Esaminando costoro si

Digitized by Google

porrebbe in urto la legge civile con la legge morale, il dovere giuridico col dovere di natura; e perciò sarebbe tirannico sottoporli ad esame, tranne il caso in cui siano essi medesimi gli *offesi* dal delitto, e sen dolgano; o tranne quando l' accusato stesso ne voglia l' esame per semplice schiarimento (1).

(1) Con recisi termini obbedirono a questo precetto della legge naturale Diocleziano e Massimiano alla *leg.* 6, *(alias* 5) *Cod. de testibus — Parentes et liberi invicem adversus se* NEC VOLENTES *ad testimonium admittendi sunt.* Sulla quale costituzione sono a vedersi Brunnemanno, Mornac e Saliceto. Più perentorio non poteva essere il divieto degli Imperatori, ed in faccia a quello era esattissimo che i testimoni strettamente congiunti si denominassero *eccettuati* (che è quanto dire inaudibili) anzichè denominarsi *scusati*, poichè questa parola contiene la idea di una facoltà. Ma nei tempi successivi i regnanti che furono più tiranni degli Imperatori Romani non rispettarono quel divieto come religiosamente dovevasi: ed ora si riservò al Principe la facoltà di fare esaminare con decreto speciale i figli contro i genitori, e viceversa: ora se ne ordinò liberamente lo esame nei delitti di lesa maestà, lo che diede occasione ai pratici di allargare questa licenza ai delitti atrocissimi: ora altre limitazioni si dettarono. La civiltà odierna ha rimesso in vigore nelle migliori legislazioni il precetto di Diocleziano; e soltanto se ne è tolta la clausula *nec volentes.* Con ciò convertendo la *eccettuazione* in una scusa si è riflettuto che in molti casi può essere desiderio del giudicabile che si interroghi la propria madre (sia o no dessa la persona offesa) onde fornire ai giudici notizie utili alla dimostrazione della sua innocenza; e può essere desiderio della stessa madre di dare quelli schiarimenti che essa sola può dare in servigio della verità e della giustizia, e con utilità dei suoi cari. Laonde la clausula *nec volentes* poteva

Digitized by Google

rendersi praticamente disumana; e convertirsi in odio un favore. Così invalse l' uso nei migliori codici moderni che il giudice ammonisse i testimoni *congiunti* del privilegio che avevano di potersi esimere dallo esame; ed invitarli a deporre soltanto quando essi lo avessero liberamente desiderato. Non approvo la limitazione introdotta da qualche codice contemporaneo con la clausula *salvo quando la prova non possa ottenersi altrimenti;* non l' approvo, perchè evidentemente apre la via ad un esorbitante arbitrio del giudice e ad una apprezzazione del fatto e del processo, che è prepostera ed intollerabile: si vedano i miei *Lineamenti di pratica legislativa penale osserv.* 8, *Torino* 1874. Viziosa pure e nel concetto e nella formula è l' altra limitazione che qualche codice contemporaneo espresse col riservo dei *delitti avvenuti in famiglia.* Viziosissima la formula per lo indefinito che lascia dietro a sè quella parola *famiglia.* Vizioso il concetto, perchè in sostanza altro non è che una larva della *impossibilità di altra prova,* impossibilità che viene in tal guisa ad essere una divinazione del legislatore. Sta dunque bene che il giudicabile abbia licenza di fare udire a sua discolpa anche gli stretti congiunti, e che questi possano assumere la veste di testimoni quando essi liberamente lo vogliano. Ma ciò che non sta bene e che è una vera iniquità è il contegno di certi accusatori, i quali quando una madre od un figlio indotto al dibattimento abbiano dichiarato di non volere rispondere, ne menano trionfo, ed in quella ricusa additano ai Giurati un argomento evidentissimo ed irrecusabile della colpevolezza. Questo mi accadde di vedere una sola volta nelle mie pratiche; una sola volta, ma ne serbo tuttora vivissimo il ribrezzo nell' animo. Ribrezzo per la slealtà ed il sopruso del Pubblico Ministero: ribrezzo per la dabbenaggine dei Giurati. Con questo insidioso sistema il Pubblico Ministero si solleva anche una volta sopra la legge ed a talento suo la cancella. Perchè se le madri ed i figli vengono a conoscere che la loro ricusa a deporre equivarrà a dichiarare la colpevo-

Digitized by Google

lezza dello inquisito e così condurrà all' ultima rovina di quello infelice che amano, nascerà da siffatto timore una coazione sull' animo loro, ed il loro deporre non sarà più un atto libero e volontario, come impongono la ragione e la legge, ma una terribile necessità: e così la scusa concessa non sarà che una delle solite mistificazioni. È poi illogico in sè medesimo quello argomento, perchè suppone che il congiunto sia sempre testimone *de visu* del *supposto delitto,* lo che è una mera eventualità eccezionale. Spesso una madre si esaminerà sopra circostanze accessorie; per esempio sulla pertinenza di una pezzuola a suo figlio, sulle sue abitudini serali, e simili. La povera donna niente sa che il figlio abbia o ucciso o rubato: sa però che è carcerato, che la giustizia lo sospetta ladro od omicida, e trema: trema quantunque abbia piena fede nella onestà del figlio, e lo speri e lo creda innocente: trema perchè gli atti della giustizia le rivelano che sonosi addensate circostanze che rendono il figlio sospetto in faccia alla autorità. Che sa ella del processo questa povera donna; che sa ella del nesso che quella pezzuola e quelle abitudini possono avere o con la condanna o con l' assoluzione? Che sa ella delle altre circostanze che può essere chiamata a chiarire se si sottopone allo esame? E se contro la mia credenza (ella dice a sè stessa) mio figlio fosse implicato in quel delitto, o se (anche innocente) le circostanze che io fossi per dire tornassero per una fatale combinazione ad accrescere quei sospetti; che avrei io fatto? Avrei precipitato il figlio mio nello abisso, avrei ribadito ai suoi piedi forse la catena perpetua. Agitata da questi dubbi tremendi la povera donna ricusò deporre; e basterà ciò perchè il pubblico accusatore gridi tosto che quella donna era bene informata della colpevolezza del figlio; e perchè sette Giurati se ne dichiarino convinti? Dove è la logica in questo! Sullo argomento dei testimoni congiunti può sorgere il dubbio nel caso di madre divenuta tale per illecito concubito. La madre naturale che sia chiamata a deporre come testimone sul delitto commesso da una

Digitized by Google

fanciulla che era nel possesso della filiazione rimpetto a lei, ma non avvalorato da alcun atto legale, può essa ricusarsi a deporre? Questo dubbio si esaminò da Buccaroni *de differentiis diff.* 74.

§. 959.

Sono eccettuati *relativamente* coloro che possono essere costretti a fare da testimoni; ma non a deporre su certe *speciali circostanze,* a ragione della *confidenza* che le ha recate a loro notizia. Così il sacerdote e l'avvocato possono esaminarsi quali testimoni: ma non su ciò che il reo abbia rivelato al primo come *confessore,* o al secondo come *difensore* (1). La questione della *eccettuazione relativa ob secretum* può però presentarsi sotto duplice forma non sempre distinta dagli scrittori. Può cioè allegarsi il segreto *in quanto al fatto,* e può allegarsi soltanto il segreto in quanto alla *causa di scienza.* Spieghisi questa differenziale. Si allega dal testimone la scusa del *segreto* in quanto al *fatto* quando il medico, il confessore o l'avvocato dichiarano di non potere emettere deposizione alcuna circa un dato *fatto* perchè quanto essi ne sanno è venuto a loro cognizione per *causa dell'uffizio loro* che li costringe al segreto. Questa è la ipotesi comunemente prevista dai giuristi che contemplano la questione; e qui procede la regola generale che vuole rispettato il segreto, perchè non può venirne pericolo alla innocenza, e se la giustizia perde quei chiarimenti che essa desiderava dal testimone, è ben dovere che faccia tale sacrifizio ad un sommo principio di moralità. Ma ben diverso è il caso nel quale il testimone narri per lungo e largo il *fatto* sul quale viene richiamato, e soltanto invochi il segreto sulla *causa*

Digitized by Google

di scienza, allegando esserne venuto in cognizione per una confidenza di persona che non può nominare. Il medico viene ad affermare che l' accusata è un' adultera perchè ne ebbe certezza da un suo cliente il quale ne aveva contratto una malattia da lui curata. Il confessore afferma che l' accusato è un assassino perchè ne fu accertato da un complice di quello nella sua confessione. L' avvocato afferma che l' accusato è un ladro perchè lo seppe dal compratore degli oggetti furtivi il quale venne a lui per consulto. Ma tutti costoro negano palesare il nome del paziente, del penitente, o del cliente rivelatore, invocando il debito del segreto. Che dovrà dirsi in questi e simili casi misti ben differenti dal caso semplice generalmente contemplato? È indubitato che non può imporsi dal giudice la *violazione del segreto* professionale. Non ammetto dubbio su ciò. Ma neppure ammetto dubbio sulla ulteriore conseguenza che debba respingersi questo ipocrita testimone da ogni testificazione ancora sul *fatto,* per il gravissimo sospetto che il pretesto del segreto sulla *persona* del rivelatore serva di mantello ad una atroce calunnia, della quale il testimone si serva per insinuarsi come serpe velenoso ad ingannare la giustizia. Se egli stimava la sua coscienza legata dal *segreto* doveva serbare integralmente il segreto, e ne aveva la libera potestà che il giudice come l' accusa e come la difesa dovevano rispettare. Ma non può concedersi che a comodo di un testimone il segreto in parte si violi e in parte no. Ammesso tale sistema è evidente che qualunque scellerato calunniatore può procacciare il sacrificio della innocenza senza nessun pericolo proprio, perchè è as-

Digitized by Google

solutamente impossibile convincerlo di falsità. Nè soltanto si apre la strada alla libertà della calunnia al testimone stesso, ma la si schiude eziandio a qualsivoglia terzo, il quale per rovinare un suo nemico senza suo risico non ha che a presentarsi ad un confessore o ad un avvocato, e fingersi complice in qualche delitto del nemico che egli vuol perdere. Se il confidente chiamato a testificare può scindere il segreto serbandolo sulla *persona* del rivelatore, e non serbandolo sul *fatto*, è manifesto che egli in pienissima buona fede si farà strumento di una perfida calunnia con grave pericolo della giustizia. Devono dunque per sommo principio di ordine pubblico dichiararsi dalla legge inattendibili siffatte forme di deposizione (2).

(1) La questione del confessore fu dottamente trattata dal Forti *conclus.* 30, *edizione Cammelli.* Vodasi Stryckio *dissert. vol.* 1, *dissert.* 15, *cap.* 2, *n.* 16. Il difensore legale del reo può benissimo essere indotto come testimone su ciò che egli sappia indipendentemente dalla confidenza, perchè al reo non deve interdirsi di profittare delle cognizioni di lui come legale, e delle sue cognizioni come uomo: Arumaeus *Decisiones Jenenses decis.* 10, *Jenae* 1612. In tal caso durante l' esame del difensore si supplisce con la destinazione di altro che ne faccia per quell' intervallo le veci. Ma il difensore non può però essere costretto a rivelare i segreti confidenziali. Vedasi (a confutazione della contraria dottrina sostenuta da Bentham, e da Legraverend) Van Rappard *dissert. de excusatione testimonium dicendi propter munus, Trajecti ad Rhenum* 1847 — Van Limburg *de testibus in causis criminalibus cap.* 2, *Trajecti ad Rhenum* 1825. Vedasi anche Den-Hoff *de iis qui propter obligationem secreta*

Digitized by Google

non delegendi in causis poenalibus a testimonio perhibendo excusantur, pag. 17 *et* 18, *Lugduni Batavorum* 1847; ove riferisce le severe parole del Mittermaier contro la tirannia pietosa di convertire i difensori in denunciatori dell' accusato. Fuvvi chi tentò restringere questo privilegio del segreto ai soli difensori in titolo, escludendone coloro che fossero soltanto stati richiesti del loro consiglio come avvocati; ma siffatta limitazione casuistica è tutta arbitraria, ed urta contro la ragione del benefizio, la quale non ammette distinzione. È vero che una ordinanza di Luigi XI imponeva la rivelazione del segreto nei crimini di lesa maestà, non solo agli avvocati, ma anche ai confessori stessi. Ma siffatte leggi non si ricordano oggi ad altro fine tranne quello di esecrare i tempi nei quali furono promulgate. Saranno fatti storici: ma i fatti storici non sono per noi fonti di diritto.

(2) Questo sistema infernale si praticò in certi tempi dagli agenti della bassa polizia. Fu loro arte comparire come testimoni in giustizia e deporre di sapere con certezza che l' accusato era autore del delitto obiettatogli per essersi ciò a loro narrato da persone di ottima fede che erano state testimoni di vista o partecipi del delitto medesimo: ma non potere far palese il nome di quei fiduciarii, nè produrli per conseguenza come testimoni. Con tale metodo gli agenti di polizia ebbero balìa di rovinare impunemente la riputazione di ogni onesto cittadino; e portando in trionfo nei tribunali senza risico proprio la calunnia renduta invulnerabile dal segreto, esporre la innocenza a gravissimi repentagli, e sfogare atroci vendette. Il pericolo di siffatto sistema non fu tanto grande quando il giudizio sulla reità di un accusato si commise ai Magistrati; i quali ricordavano le regole della pratica sulla eccezionabilità dei testimoni birri, ed erano illuminati dalla esperienza ad essere guardinghi contro simili tranelli. Ma dove il tremendo giudizio si consegna a giudici popolani nuovi a queste arti, e forse abituati a reverente deferenza verso la divisa di chi in tal foggia viene ad imporsi alla giustizia, il pericolo è spaventoso: e qualora si rinnovasse

Digitized by Google

non potrebbe non essere cagione di agitazioni gravissime e di grandi paure ai galantuomini. Sta bene che in una società vi siano e birri e delatori; sono arnesi pur troppo necessarii all'ordine: sta bene che la legge permetta a quelli di serbare il silenzio in faccia a chiunque sul nome degli amici segreti. Ma la prudenza del giudice dovrebbe guardarsi dal convertire i denunciatori officiali in testimoni legittimi, tranne per i fatti che direttamente caddero sotto i loro sensi: e quando costoro venissero ad empire i processi dei loro personali giudizi e di misteriose rivelazioni di amici segreti, dovrebbe una volta per sempre (ed anche per espressa sanzione di legge) rispondersi loro *procul esto profani:* la giustizia non ha simpatia per le maschere e non si pasce di tenebre; i tempi della inquisizione sono passati. Del resto la materia del segreto professionale od ufficiale apre l'adito a tre diverse indagini — 1.° Se il professionista depositario di un segreto abbia il diritto *di non comparire* come testimone: e di ciò tratto al §. 2675 — 2.° Se esso abbia il *diritto* di esimersi dal *deporre:* e questo appella al presente luogo — 3.° Se cotesto non sia un diritto ma un vero dovere *giuridico* per lui, cosicchè violandolo ne nasca il delitto di violazione di segreto, del quale parlo da §. 1640 a 1649.

§. 960.

Diconsi infine testimoni *scusati* quelli che per un riguardo non possono costringersi a comparire al tribunale contro voglia loro: come gli infermi, i dignitari della chiesa, o del regno. I quali però non hanno più *scusa* se il giudice accede al loro domicilio ad esaminarli.

§. 961.

La credibilità dei testimoni dipende dalla ragione composta del loro *numero*, della loro *contestualità*,

Digitized by Google

delle buone loro qualità *personali,* e della *verosimiglianza* dei loro deposti. E su questi elementi deve procedere la critica nel caso di conflitto fra testimonianze e testimonianze. Qui però deve avvertirsi di non confondere ciò che attiene alla *credibilità* del testimone con ciò che attiene alla *concludenza* del suo deposto. Può un testimone meritare pienissima fede, ma il fatto da lui affermato non condurre ad alcuna conclusione di certezza: può invece il fatto da lui narrato essere concludentissimo ma dubitarsi della veracità del suo detto. Non bisogna confondere sotto un identico complesso di regole questi due punti di vista disparatissimi nella sostanza. In tale confusione caddero coloro che noverarono fra i *testi eccezionabili* i testimoni *de auditu.* Questo è un equivoco. I testimoni *de auditu* possono essere come tutti gli altri o classici o eccezionabili, o credibili o non credibili, secondo le contingenze della loro persona o del loro detto. Ma quando siasi loro creduto pienissimamente non si è per questo ottenuta (fossero pur mille) la *prova piena* del fatto che si cerca, bene inteso che il fatto costituente il delitto sia tale che cada sotto i sensi della *vista.* Avremo ottenuto la prova piena che quel fatto fu *narrato,* ma non abbiamo ancora la prova piena che quel fatto *avvenisse* in quella guisa. Se i testimoni che narrano lo *udito dire* depongano di una voce vaga senza designare come, dove, e da chi udissero ciò, essi varranno a costruire tutto al più lo indizio della pubblica fama, la quale non è che uno indizio. Se essi indicano le persone dalle quali udirono quella tal cosa, il detto loro ha meschino valore finchè questi contesti non sono alla

Digitized by Google

lor volta citati ed esaminati, ed hanno confermato il detto, e renduto ragione della loro scienza: e tutto il valore della prova starà nel *relato* e non nel *referente*. Che se il chiamato come conteste sia discordante dal primo e neghi di avere detto quanto l'altro pretese avere udito da lui, da tale conflitto non risulterà per lo più che incertezza, nascendo i termini della *singolarità* inconciliabile che rende sospetti ambedue. Che se finalmente il testimone che narra il *sentito dire* ricordi la persona che lo informò di quanto narra, ma ricusi denunciarne il nome alla giustizia sotto il pretesto di un obbligo di segreto, la sua deposizione è inattendibile (o a meglio dire inaccettabile) come ho notato di sopra (1).

(1) Vedasi il mio scritto che ha per titolo *delle testimonianze anonime*, nei *Lineamenti di pratica legislativa penale osserv.* 21.

§. 962.

È regola di ragione che in criminale le eccezioni contro i testimoni si possono allegare anche dal *producente:* e che l'affermazione di uno prevalga alla negazione di molti, se questa non è coartata.

§. 963.

Appartengono alla classe dei testimoni anche i *periti;* e devono esaminarsi con le forme comuni agli altri. Se non che la loro credibilità dipende non tanto dalla persona o dal detto; quanto dai criterii maggiori o minori *di verità* che porge la scienza od arte da loro professata. Perciò fra le perizie, le

Digitized by Google

più divinatorie e fallaci si riconobbero sempre quelle dei periti cacciatori, e dei calligrafi; quantunque oggidì bisogna convenire che quest' ultima arte ha fatto grandi progressi pei nuovi strumenti di cui si è arricchita; e dei quali dovrebbe dalla giustizia prescriversi l' uso dovunque (1).

(1) Si veda intorno ai testimoni periti la *Revue de droit international vol. 4, pag.* 117.

IV.

I n d i z i.

§. 964.

La parola *indizio* nel suo naturale significato esprime qualunque fatto che serve a indicarne un altro; la etimologia è analoga a quella di *induzione,* senonchè invece di riferirsi all' idea, si referisce alla proposizione materiale sostituendo all' *inde duco* l' *inde dico.*

§. 965.

Così nel giure penale si dicono *indizi* quelle circostanze che (quantunque non costituenti in loro il delitto e materialmente diverse dall' azione criminosa) pur la rivelano per un *dato rapporto* che può esistere tra coteste circostanze e il fatto criminoso che si ricerca.

§. 966.

Con simile criterio gli indizi si dividono in *comuni* a tutti i reati; e *proprii* di qualche speciale

Digitized by Google

reato. Così indizio *comune* sarà la fuga o la latitanza, perchè adattabile a tutti i malefizi: indizio proprio sarà l'abito insanguinato, perchè adattabile ai soli reati di sangue; il possesso di conii, perchè soltanto adattabile al falso nummario; e simili.

§. 967.

Ora secondochè il *rapporto* tra fatto e fatto è *indefettibile* o *eventuale*, gli indizi sono o *necessari* o *contingenti*. Ma non potendo esistere mai rapporto *necessario* tra un fatto e gli atti di una persona, quando quel fatto non si immedesimi con tali atti; e neppure potendo esistere un rapporto *necessario* tra un fatto e le intenzioni dell'uomo; è evidente che in criminale non possono mai aversi indizi *necessarii* dello *speciale*, o del *formale* del misfatto: e solo può configurarsene l'esempio nel *materiale*.

§. 968.

Sotto il rapporto *cronologico* del fatto costituente l'indizio col fatto del delitto, si dividono gli indizi in *antecedenti*, *concomitanti*, e *susseguenti*.

§. 969.

Gli indizi *contingenti*, soli che occupino le meditazioni del criminalista, possono presentare col delitto un rapporto (o nesso) *probabile*; o un nesso soltanto *verosimile*. Nel primo caso si dicono *prossimi*: nel secondo *remoti*.

Digitized by Google

§. 970.

Il Weiske, §. 309, volle dividere gli indizi in *mediati* ed *immediati*. Indizi *immediati* sono secondo lui quelli che servono a provare il *delitto*: indizi *mediati* sono quelli che servono a *provare un altro indizio*. Ma questa distinzione è da rigettarsi come pericolosa e di nessun valore pratico, perchè urta contro la regola classica e salutare la quale non ammette che un indizio si provi col mezzo di un altro indizio. Indizio *mediato* è un vero niente nella critica delle prove. Più accettabile per il metodo può essere l'altra divisione degli indizi, che suggerisce lo stesso autore: indizi di *reità*, indizi di *innocenza*, e indizi di *difesa*, cioè di escusanti o di diminuenti; come gli indizi della restituzione del tolto nel furto, gli indizi della procacità della donna nello stupro, e simili.

§. 971.

Pretesero i pratici di dare una completa enumerazione delle due classi nelle quali comunemente si divisero gli indizi, e caratterizzare *a priori* certi indizi come *prossimi*, e certi altri come *remoti*. Ma è ben difficile che cotesta definizione sia costante; perchè la concludenza degli indizi non può esattamente calcolarsi nel loro essere ipotetico e astratto, ma è forza giudicarla nelle loro condizioni concrete (1). Potrebbe forse suggerirsi un criterio razionale di questa distinzione dicendo che siano *remoti* gli indizi che si connettono con la semplice

Digitized by Google

esecuzione del reato (per esempio il possesso di una falsa chiave che potè servire ad introdursi nel luogo del furto) e si dicano *prossimi* gli indizi che si connettono con gli atti di *consumazione* (per esempio il possesso della cosa furtiva). Questo criterio mi persuaderebbe nel punto di vista meramente scientifico: ma dubito tuttavia se possa accettarsi come costante in tutte le applicazioni pratiche. È un pensiero nuovo che ha bisogno di essere meditato.

(1) Coccejo *de fallacibus criminum indiciis, exercit.* 75, *pag.* 1037, *vol.* 1 — Nani *de indiciis:* opuscolo prestantissimo, come lo furono tutti i parti di quel nitido ingegno, ma massacrato dalla ignoranza del tipografo fiorentino — Caldero *Decisiones Cathaloniae decis.* 50 — Puttman *Opuscula criminalia dissert.* 8 *de lubrico indiciorum* — Weismantel *diss. de condemnatione facinorosorum ex indiciis, Erfurti* 1791 — Cephalo *lib.* 5, *cons.* 621 — Valli *istituzioni criminali lib.* 2, *sez.* 2, *cap.* 2, *pag.* 147 *e seg., Venezia* 1789. Alcuni criminalisti divisero un tempo gli indizi non in *due* ma in *tre* specie: *urgentissimi, urgenti* e *leggieri* (Du Boys *histoire du droit criminel tom.* 6, *pag.* 2) e con ciò accrebbero le difficoltà di una classazione a priori. Altri dette alla prova indiziaria il nome di prova *indiretta:* ed agli indizi il nome di testimoni *muti.* Ovunque peraltro ed in tutti i tempi furono incerte le coscienze nello ammettere che si potesse procedere a condanna sullo appoggio di soli indizi: Boehmero nel *Commentar. ad C. C. C.* insegnò: *nemo ex indiciis perfecte convinci potest:* ed ebbe accoglienza la regola che per indizi non si poteva condannare a morte, ma soltanto alla tortura: e dopo abolita la tortura a pena *straordinaria.* Du Boys *(loc. cit. pag. 4 et suiv.)* sostiene la opinione generalmente prevalsa nei tempi odierni che anche i soli indizi possono bastare alla prova piena: e

Digitized by Google

sotto il sistema della intima convinzione non può essere altrimenti. La questione si riassunse per largo dal Bannizza *systemata jurisprudentiae cap.* 10, §. 15. Carmignani fino dal 1807 nella prima edizione dei suoi *elementa*, da lui pubblicata in Pisa in quell' anno, sostenne virilmente al §. 460 e seguenti che non poteva mai sperarsi di raggiungere per via di indizi una *prova piena*. Fra gli altri argomenti da lui adoperati a questo assunto è notevole quello che ogni indizio ha bisogno di avere prova di sè stesso, e così ha bisogno di essere egli medesimo provato o col mezzo di confessioni o col mezzo di testimoni o per documenti: cosicchè la prova artificiale indiziaria corre doppio pericolo; essa incontra i pericoli che pur sempre sono nella prova inartificiale, e più i pericoli del vizio di ragionamento che sono inseparabili dalla prova *artificiale*. E in questa opinione persistè costante il grande maestro, come si rileva dall' ultima edizione che egli fece dei suoi *elementa* nel 1833 al §. 571, che è lo identico del pristino 460.

§. 972.

Non dirò che la forza probatoria degli indizi cresca o decresca *intrinsecamente* per ragione del loro *numero;* perchè è un errore logico l' aumentare la forza intrinseca di un indizio per la concorrenza di altri. La somma può portare le diverse frazioni alla unità desiderata; e con sei frazioni di un sesto formarsi un intero: ma la frazione di un sesto, in sè considerata, non diviene frazione di un quarto, perchè trovisi in compagnia di altra frazione maggiore (1).

(1) Sul vero modo col quale deve intendersi la troppo facile regola *singula quae non prosunt simul unita juvant*, dissertò Buccaroni *de differentiis, differ.* 55 *et* 58. Deve

Digitized by Google

poi assolutamente anatemizzarsi il vecchio broccardo in *atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt*. Boccardo insensato e crudele: insensato, perchè quanto più grave è il delitto, tanto più repugna alla umana natura, e tanto più dunque incontra l' ostacolo della presunzione di innocenza: crudele, perchè ai più gravi delitti sovrastando pena più severa devesi tanto più trepidare in faccia al pericolo di un errore giudiciario: Tissot *introduction philosophique à l' étude du droit pénal liv.* 2, *pag.* 232, *Paris* 1874.

§. 973.

Essa cresce o descresce in ragione delle speciali circostanze accessorie, e del discarico che tenta darne l' accusato. Anzi il discarico che ne dà l' accusato è tutto: perchè quando una serie di indizi, benchè gravissimi, e battezzati dagli scrittori per *prossimi,* si dimostra dal giudicabile in *modo positivo* referirsi a causa innocente, essa perde la *univocità:* e niente più offende la presunzione di innocenza. Niente vale (a modo di esempio) contro un accusato di omicidio che le sue vesti siano macchiate di sangue, quando egli prova apoditticamente che lo erano già *nel dì innanzi* all' avvenuta uccisione. Niente vale che presso il cadavere si trovasse una pezzuola riconosciuta come pertinente al giudicabile, quando egli prova che quella pezzuola gli era stata *mesi innanzi* rubata, e ne aveva persino fatta denunzia. Niente vale che sia veduto in possesso dell' arma micidiale, quando apoditticamente prova che quell' arme fu da lui trovata per via *nel giorno posteriore* alla strage, e imprudentemente raccolta. Ecco tre indizi cumulati da una coinci-

Digitized by Google

denza fatale a carico di un disgraziato, e che pongono il suo capo in imminente pericolo, se il giudice assume come criterio assoluto le definizioni astratte e dottrinarie degli indizi *prossimi*. Essi però neppure valgano a far subire allo imputato un giudizio, se il giudice li valuta nel loro *concreto*. Egli trova allora che è verità positiva il rapporto di quei tre fatti con la causa innocente: e aberra dal giusto e dalla logica, se a questo rapporto di verità positiva *concreta* preferisce un rapporto di verità congetturale e *astratta*, per obbedire pecorilmente ad una regoletta speculativa. Ricordisi poi che Carmignani riprovò come iperbolico e fallace il predicato di *indubitato* che nel comune linguaggio della pratica si suole troppo spesso attribuire ad un indizio. Se con la formula *indizio indubitato* si vuole esprimere che il *fatto* costituente l'indizio è apoditticamente provato in sè *stesso* l'idea può rispondere alla verità. Ma se con la formula *indizio indubitato* si vuole esprimere che un indizio possa non lasciar dubbio sulla reità del giudicabile, questo (notò Carmignani) è falso perchè è impossibile che un solo indizio basti a tanto. Ora (soggiungo io) poichè troppo è facile che uomini superficiali intendano quella parola nel secondo senso, così la formula *indizio* indubitato è da proscriversi dal linguaggio come pericolosa (1).

(1) Come è una esagerazione il parlare nel senso dell' accusa di indizi *indubitati* così è un vano spreco di tempo, e una futile pompa oratoria ricorrere per la difesa ai luoghi comuni relativi alla inconcludenza assoluta di certi indizii. Questo campo che un tempo forniva larga messe alla elo-

Digitized by Google

quenza dei patroni e ad uno sfoggio agevole di dottrina per parte loro non può recare oggi che misero frutto. Facilissimo è trovare autorità di famigerati dottori che abbiano detto (a modo di esempio) o come regola generale, o come proposizione relativa a qualche speciale contingenza non essere solido lo indizio della pubblica *fama* (Buccaroni *diff.* 63) o quello del *riconoscimento alla voce* (Persio *cons.* 13) o quello della *inimicizia* (Pruckmann *responsa juris doctoralis vol.* 1, *respons.* 18, *Francofurti ad Moenum* 1671) o quello della *fuga* (Riminaldo *cons.* 647) o quello dello *abbassare gli occhi* od impallidire alle interrogazioni del giudice, del quale parve fare così gran conto il Novello nel suo trattato *de defensione reorum,* quando seriamente invitava i patroni ad ammonire il giudicabile a guardare sempre in viso il suo giudice. Di tutte queste generalità io non ho mai fatto dispendio nei quarantacinque anni del mio patronato, perchè sempre considerai la valutazione degli indizi come un giudizio nel quale doveva procedersi per criteri concreti e con la scorta della logica, anzichè con astratte generalità e con le autorità dottrinali.

§. 974.

Del pari deve il giudice imparziale diffidare di certi indizi *proteiformi,* che l'accusa può trovare in qualsivoglia atteggiamento dell'accusato. Cosa vale (a modo di esempio) lo indizio tanto vantato del *pallore* e della *trepidazione* del reo in faccia alla pubblica forza che lo arrestava, quando a lato di questo trovate enumerato pur come indizio il *contegno imperterrito* dell'arrestato? Se il reo impallidì e tremò, egli ebbe la coscienza del suo reato; non fu un moto naturale che può sorprendere anche un santo all'aspetto del proprio pericolo. Se il

Digitized by Google

reo si mantenne sereno e tranquillo non ne fu causa la coscienza della sua rettitudine; ma fu un artifizio che lo mostra colpevole, perchè qualunque uomo deve tremare al vedersi arrestare. Se il reo in carcere è tristo e pensoso, non è il dolore del suo immeritato infortunio; è la sinderesi del suo misfatto. Se il reo è ilare e festoso, non è la coscienza della sua rettitudine; è un'affettazione che lo mostra colpevole, perchè ogni uomo in carcere dovrebbe essere triste e pensoso. Questo modo elastico di argomentare, di cui troppo spesso si valgono gli accusatori, deve considerarsi da chi ben riflette piuttosto conveniente al retore che al critico.

§. 975.

Importantissimo intorno agli indizi è il ricordare che i medesimi non solo devono esser *perfetti nella sostanza dell' indizio* (lo che vuol dire concludenti nel loro rapporto col delitto in questione) ma devono essere di più *perfetti nella sostanza della prova;* cioè ciascuno di loro provato con altri mezzi, tranne quello di un altro indizio. Il *coacervo* delle presunzioni e degli argomenti congetturali è vizioso logicamente, e giuridicamente pericoloso. La completezza dello indizio in *substantia probationis* deve essere per necessità logica precedente e *preambula* ad ogni disquisizione sul valore del medesimo in *substantia indicii.* Bella materia alle declamazioni degli accusatori possono (a modo di esempio) fornire gli abiti macchiati di sangue in una accusa di omicidio. Ma tutto ciò diventa un vaniloquio e un artifizio, che rivela o la ignoranza o la mala fede di

Digitized by Google

chi lo adopera quando la difesa può rispondere perentoriamente che quelle macchie non sono di sangue. Soltanto dopo che l' indizio è ineluttabilmente assodato nella prova come *fatto* deve utilmente discutersi della sua efficacia logica come *indizio*. Ed anche qui deve ricordarsi che la *virtù indiziaria* non si aumenta per la più splendida prova che se ne è dato come *fatto*. L' indizio (a modo di esempio) desunto dal possesso di un' arma non si accresce nella sua *virtù indiziaria* per la maggiore certezza della prova di quel possesso: purchè sia provato in sè il fatto ha sempre uguale valore tanto se provato da dieci testimoni quanto se provato da due, ed è vizioso sofisma pretendere di moltiplicare gl'*indizi* col moltiplicare le prove di un unico *fatto*. Esso è sempre quello, ed è sempre unico benchè provato da un esercito di testimoni. Questi scambi e queste allucinazioni si incontrano frequenti oggidì in certi sostenitori dell' accusa che mirano soltanto a far breccia sull' animo dei Giurati speculando sulla loro supposta ignoranza (1).

(1) Ho dieci testimoni, gridava un giorno con coraggio fanatico un di costoro: dieci testimoni i quali concordi provano come l' accusato nel giorno successivo allo avvenuto omicidio si allontanò dal paese. E come può la difesa ostinarsi a sostenere la innocenza in faccia a dieci testimoni che la smentiscono? Voi avete (rispondeva io) dieci testimoni e potreste averne anche cento, ma da questi voi non ottenete che un fatto unico, un *unico indizio*, la fuga. Questo fatto ve lo concordo. Discutiamone il valore indiziario nelle speciali circostanze del caso. Questo è il terreno sul quale unicamente si deve circoscrivere la disputa se vuolsi essere leali e non gettare polvere negli occhi.

Digitized by Google

CAPITOLO XIV.

Della difesa.

§. 976.

In materia penale non vi possono essere presunzioni *juris et de jure* (1). Dunque deve sempre ammettersi l' accusato alla propria *difesa*. E poichè non sempre può avere l' accusato intelligenza bastante a presentare le sue discolpe, il diritto di difesa porta alla necessità di dargli l' assistenza di un difensore legale di sua *libera* scelta.

(1) Questa verità è così intuitiva che parrebbe impossibile dubitarne. Eppure certe legislazioni ebbero delle presunzioni *juris et de jure* della colpabilità di un uomo. Così la consuetudine di Beauvoisis al cap. 12 stabilisce che quando alcuno ha minacciato un male ad altri, se questo male avviene, il primo se ne ritenga *necessariamente* autore; e al cap. 13 dispone che se l' accusato evade dal carcere pendente il processo, confessa con ciò la sua colpa: e ove sia ripreso deve essere reputato colpevole *de plein droit*, e come tale messo a morte *senza ulteriore processo*. Così il codice dato da Cristiano V alla Danimarca e alla Norvegia, che resse quei popoli dal 1684 al 20 agosto 1842, dispone che la donna la quale abbia partorito occultamente, se non presenta il corpo del bambino, si presuma infanticida: e sia senz' altro processo condannata alla morte. Molte altre furono le *presunzioni* che certi legislatori severi dichiararono bastanti ad autorizzare di per loro sole una condanna. Di tale dottrina la scienza moderna ha proscritto anco il pensiero. E qualche codice contemporaneo (come il codice del Brasile art. 36)

Digitized by Google

ha convertito in precetto di legge la regola che nessuna presunzione, per quanto veemente, sia mai bastevole a fare irrogare una punizione.

§. 977.

La difesa (1) non è un *privilegio*, nè una *concessione* voluta dalla umanità. È un vero diritto *originario* dell' uomo, e perciò *inalienabile:* Helie *de l' instruction* §. 614.

(1) Alla libertà della difesa fa guerra ai giorni nostri la libertà di stampa. È venuto il mal vezzo (che dicesi inevitabile conseguenza della libera stampa) che i giornalisti, per veduta di speculazione o per aderenze partigiane, diano nei loro fogli un resoconto dei giudizi criminali che pendono. Questi resoconti sono quasi sempre inesatti, e spessissimo informati dallo spirito di preparare la pubblica opinione in quella via dove ciascuno intende a condurre nel suo respettivo interesse la giurìa. Perniciosissima usanza e troppe volte nocevole al trionfo del vero: contro la medesima scrisse energicamente l' Ortiz de Zuniga nella Rivista *La Escuela del derecho, tom.* 1, *pag.* 197, *Madrid* 1863. Questa osservazione, che io feci nell' ultima edizione, si raccolse a volo da una setta nemica di ogni libertà, che veglia indefessamente a studiare ogni occasione per fare retrocedere l' Italia anche più addietro in quello stato servile nel quale i vecchi despoti l' avevano miseramente condotta, e fui costretto a chiarire le mie idee onde purgarmi dalla brutta taccia di retrivo che maliziosamente mi si voleva apporre, e lo feci con un articolo pubblicato nei giornali e riprodotto nei miei *Opuscoli vol. VI, op.* 37.

Digitized by Google

§. 978.

A questo principio si associa l'altro che alla difesa dell'accusato ha un interesse diretto anche la società: perchè essa ha bisogno, non di una pena che cada sopra una testa qualunque, ma della punizione del *vero* colpevole. E così la difesa non è soltanto di ordine pubblico *secondario*, ma di ordine pubblico *primario* (1).

(1) A questo principio aderirono così strettamente certe legislazioni Alemanne che mentre vigeva la costumanza di eseguire simbolicamente sopra i cadaveri le pene incorse dai condannati predefunti, si destinava un difensore al cadavere quando il reo era morto prima della sentenza: Hertius *Responsa tom.* 1, *respons.* 562, *Francofurti ad Moenum* 1729. Ayrault fino dai suoi tempi scriveva — *Dénier la défense serait un crime: la donner, mais non pas libre, c' est tyrannie.* Parole gettate al vento nella vecchia Francia. Nelle conferenze che si tennero in Francia ad occasione della troppo celebre ordinanza del 1670, con la quale si completò il più tirannico ed il più iniquo sistema di procedura penale che abbia mai funestato la umanità, furono vive le opposizioni del Presidente Lamoignon contro la negazione di un difensore agli accusati. Si leggono in quel processo verbale fra le altre queste sue parole — *Entre tous les maux qui peuvent arriver dans la distribution de la justice, aucun n' est comparable à celui, de faire mourir un innocent; il vaudrait mieux absoudre mille coupables.* Ma fu voce che gridava al deserto: e l' ordinanza diede nuova sanzione alla regola stabilita da Francesco I il 1539 che l' accusato qualunque fosse la gravità dell' accusa mai dovesse avere l' assistenza di un consulto-

Digitized by Google

re. E ciò ordinava il Reale di Francia mentre già nel 1532 Carlo V all' art. 47 della sua Nemesi ordinava che se il reo non aveva difensore il giudice dovesse destinarglielo e gli onorarii suoi dovessero pagarsi col denaro del pubblico erario: Hupka *positiones juris crim. secundum constitut. Theresian. pag.* 239, *Viennae* 1779. È egli fanatismo o parzialità mia se la comparazione tra le fonti del diritto Germanico e le fonti del diritto penale Francese mi danno costantemente questi risultati!

§. 979.

Dall' asserzione di questi due principii consegue che il reo *non possa rinunziare* alla propria difesa: e debba, anche suo malgrado, assegnarglisi persona capace a patrocinare la sua causa e promuovere le sue ragioni onde farlo assolvere se innocente o ridurre alla giusta misura la sua punizione se pur troppo è colpevole. È una bestemmia asserire che il colpevole non deve essere difeso. In faccia a quel più di pena che a lui minacciasi oltre il suo merito egli, a tutto rigore di termini, è *innocente: leg. 4 ff. de postulando — leg. 19 ff. de poenis — leg. 11 ff. de publ. judic.* E posto che il reo non può rinunziare alla propria difesa neppure *espressamente* ne deriva che non lo possa neppure *tacitamente,* lo che mostra quanto sia contrario ai buoni principii il metodo di negare la difesa al *reo confesso.* La irragionevolezza di questa opinione emerge evidente non solo dal principio che la difesa dei rei è di *ordine pubblico* per il motivo che ho detto testè (§. 978) ma si conforta ancora per le seguenti osservazioni — 1.° che il confitente può essere vittima di un errore — 2.° che può confessare falsamente per tedio della vita — 3.° che può confes-

Digitized by Google

sare falsamente per salvare il vero colpevole; del che io ebbi nella mia pratica esempi, non uno ma parecchi — 4.° che quando anche sia colpevole possono militare a suo favore circostanze escusanti delle quali esso ignori l' efficacia giuridica, e che valendo a dirimere o a minorare la sua imputazione, è buona giustizia che siano valutate.

Malgrado ciò nei passati tempi per cagione di erronee argomentazioni dal giure Romano (1) prevalse nella pratica il mal uso di negare la difesa al reo confesso, ed il fatale broccardo *in confessos nullae sunt partes judicis nisi in condemnando.* Broccardo fatale come tanti altri suoi fratelli, che tutti si informavano al vizio radicale di estendere al giure punitivo certe regole del diritto civile. E le storie dei giudizi criminali ci fanno rabbrividire quando leggiamo che i giudici di certi tempi e di certi paesi appena udita la confessione dell' accusato si agitavano sui loro scanni gridando a coro *habemus reum confitentem* per affrettare la condanna senza perdita ulteriore di tempo.

(1) Sarebbe opera lunga e faticosa lo enumerare i funestissimi effetti che produssero nella dottrina penale durante i tempi di mezzo le argomentazioni dommaticamente desunte dal giure Romano. Già il giure Romano in sè stesso non mancava di gravissimi errori nel diritto criminale, derivati o da certe prische durezze delle leggi regie e delle dodici tavole, o dalle feroci leggi di Silla, o dai più feroci editti di alcuni imperatori di Oriente. Ma a questi vizi radicali si aggiunse poi l' altro che colmò la misura e fu quello di adattare alle materie penali certe generalità che i giureconsulti Romani avevano dettato per le materie civili. Così la sentenza di Paolo *ad edictum* riprodotta nella *leg.* 1 *ff. de*

Digitized by Google

confessis ed in altri frammenti — *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur,* servì di testo a dannare senza ulteriori prove a gravissime pene l' accusato confitente ed a pensare che a lui non dovesse concedersi difesa contro la propria confessione. Ma quel frammento, ed altri consimili che riproducono uguale precetto, appartenevano evidentemente ai giudizi civili. Il fondamento di quel precetto sta nell' idea del *quasi contratto giudiciale,* perchè la confessione si equipara al *giuramento* e alla *transazione.* Tanto è ciò vero che Ulpiano alla *leg.* 6, §. 3 *ff. de confessis* nega ogni valore alla confessione che non si emetta in *presenza* della parte o del legittimo procuratore di lei. Nè si obietti che lo stesso Paolo applica la regola *confessus pro judicato* nella *leg. 4 ff. de confessis* anche alla ipotesi di un omicidio colposo pel quale si agisca *ex lege Aquilia.* Questo frammento vuole innanzi tutto che sia già provato che l' uomo fu ucciso; cioè richiede la preambula prova del materiale. E se insegna che il confitente sia obbligato alla refezione dei danni *ex confesso tenetur,* quantunque risulti che l' uomo si era ucciso da altro individuo, l' argomento che volesse trarsi da questo passaggio si ritorce per causa di quella formula *ex confesso tenetur;* la quale rivela chiaro il concetto della transazione: rivela cioè che la causa giuridica della obbligazione del confitente non deriva già dalla legge Aquilia, o da una condanna pronunziata dal giudice, ma dal *quasi contratto* intervenuto fra le parti. Laonde i commentatori al titolo *de confessis* a schiarimento della *leg. 4* osservano che il reo convenuto *ex lege Aquilia* aveva un interesse a confessare: perchè l' obbligazione nascente dalla confessione lo astringeva soltanto *ad simplum* laddove se fosse stato condannato *ex lege Aquilia* sarebbe stato tenuto al *duplo.* Ma la crudeltà degli antichi magistrati, figlia della tristizia dei tempi, pigliava i brani del giure Romano nella corteccia della parola, convertiva in regole generali i precetti specialissimi ed eccezionali, senza investigarne i più esatti concetti purchè

Digitized by Google

servissero loro a sfogo di quella tendenza sempre crescente verso il rigore che fu madre di tante iniquità. Di molte di queste iniquità risalirà pur troppo la colpa ai romani giureconsulti; ma della maggior parte essi furono innocenti, e la riprovazione è dovuta unicamente agli interpreti. Vedasi Brunnemann in *leg*, 1 *ff. de confessis*, e i da lui citati. Nella pratica Alemanna mai si fece difficoltà ad ammettere la difesa dei rei *vel ad avertendam vel ad* EMINUENDAM *poenam;* e descritto così lo *scopo* della difesa era necessità logica ammetterla anche per i rei *confessi* ed anche pei delitti *atrocissimi*, poichè sempre possono ricorrere contingenze che diano ragione al patrono di sostenere una diminuzione di pena (Bannizza *systemata jurisprudentiae cap.* 11, §. 3 *et* 4) e letteralmente la costituzione Teresiana prescrisse la difesa (*art* 36. §. 6 *et* 8) anche a favore dei rei confessi; Hupka *positiones pag.* 240, §. 579; del quale mi piace riferire le auree parole che si leggono al §. 577. — ivi — *Inde intelligitur erroneam esse opinionem eorum, qui atrociora crimina ab omni defensione eximunt, et tamen solidum ex ratione aut ex legibus fundamentum non adducunt. Potius tam favorabiles sunt partes rei, ut quo* GRAVIOR *poena imminet,* EO MAGIS *adversus eam defendendus sit reus.*

§. 980.

L'argomento della difesa conduce a varie indagini: a delineare i diversi *modi* con cui essa può farsi: a definire i *privilegi* che per buona giustizia essa deve avere: ad accennare i *doveri* che impone (1)

(1) Carpzovio *Responsa lib.* 6, *tit.* 9, *respons.* 86 — Lycklama *Membranarum lib.* 5, *eclog.* 18, *Leowardiae* 1644 — Hoffmann *De odio defensionis, Vitembergae* 1734. La questione più importante che i tempi odierni abbiano sollevato in proposito dei diritti della difesa e che

Digitized by Google

dopo il 1866 è divenuta palpitante di attualità, è quella relativa al *tempo* nel quale debbano schiudersi le porte allo esercizio di questo diritto. I moderni riformatori avevano troppi errori da demolire nelle vecchie pratiche, e dovettero andare per gradi nell' opera della rigenerazione. A loro bastò di proclamare *in genere* i diritti della difesa, e si appagarono di contemplarla nello istante del supremo pericolo dell' accusato, cioè in faccia al *giudice decidente*. Le tradizioni del processo inquisitorio Francese mantennero la teorica della difesa dei rei su questo terreno. E rimase ad ogni imputato un periodo tenebroso nel quale la sua difesa era niente malgrado le riforme degli umanitarii moderni: il periodo cioè primordiale della istruzione del processo. Ma se il diritto della difesa si è ormai riconosciuto come sacro e come attenente all' ordine pubblico, non vi può essere distinzione di *tempo*. E dal primo momento nel quale la giustizia ha posto la mano addosso ad un cittadino pretendendo che sia colpevole di un delitto e intende a farne cadere la pena sopra di lui, da questo momento egli ha diritto che a lui si aprano le vie utili della difesa, poichè anche quei primordi sono aggressivi del suo diritto individuale che egli ha ragione di difendere, ed a lui recano gran molestie e troppo spesso irreparabili danni. Sul punto astratto di questo diritto non è possibile elevare serio contrasto.

Tutta la questione si riduce al *modo;* alle forme cioè che vogliono essere adottate onde conciliare la *tutela giuridica* dei cittadini con la *tutela giuridica* dello imputato, che entrambo debbono essere religiosamente mantenute. E non è poi vero che l' antico processo inquisitorio avesse questo limite di *tempo* in ogni paese. Dimostrai in apposita dissertazione che lo ebbe in Francia per la feroce ordinanza di Luigi XIV e per le barbare pratiche di quel Reame: ma dimostrai altresì con l' autorità di Marsilio e di Carpzovio che non lo ebbe nè in Italia, nè in Germania. Vedasi nei miei *Opuscoli vol. 4, opusc. 2, cap. 7 e seg.* Su questo punto però si mantenne severa anche la pratica Ger-

Digitized by Google

manica imponendo inesorabilmente il *segreto* (e negando così il difensore) fino alla chiusura del processo inquisitorio ed alla comunicazione degli atti. *Costituzione Teresiana art.* 36 — Hupka *positiones pag.* 240, §. 580. Oggi però la dotta Germania precorre le altre genti nella demolizione di questo pericoloso limite alla difesa, come si vede nel nuovo codice di procedura Austriaco del 1873.

§. 981.

La difesa guardata nei fonti dai quali si desume, può farsi o per via di *eccezioni,* o per via di *difesa propriamente detta* (1).

(1) Sui metodi della difesa nelle nostre antiche pratiche vedasi Guazzino *ad defensam inquisitorum, Venetiis* 1671 — Novello *tractatus ad defensionem reorum, Venetiis* 1552, ove riproduce le formule con le quali i vecchi pratici presentavano le difese dei rei. E per le pratiche napoletane Moro *pratica criminale lib.* 3, *cap.* 11, *Napoli* 1749.

§. 982.

Per via di *eccezioni* si difende il reo quando non si esamina il merito dell' accusa, ma si storna la medesima dal di lui capo, o temporariamente, o in perpetuo: o si disarma di un qualche suo mezzo l' accusa.

§. 983.

Perciò le eccezioni si dividono in eccezioni *contro l' azione;* eccezioni *contro gli atti;* eccezioni *contro le persone.*

Digitized by Google

§. 984.

Le eccezioni contro *l' azione* possono essere: o *declinatorie*, quando si allega la incompetenza del tribunale: o *dilatorie*, quando si chiede un termine ulteriore a trattare la causa: o *perentorie* quando si nega l' azione, sia per originaria insussistenza, mostrando che il fatto non è proibito da veruna legge; sia perchè estinta da causa sopravvenuta, come l' amnistia, la quietanza, la prescrizione, o la revoca di legge (1).

(1) Con qual coscienza si aspetta a fornire di patrono il detenuto dopo che ha subìto parecchi mesi di carcerazione, mentre forse il fatto era incluso in una amnistia o prescritto, od altre simili eccezioni spettavano per giustizia a quello infelice, le quali egli ignaro di legge non poteva conoscere?

§. 985.

Si usano eccezioni contro gli *atti*, quando si oppone la nullità, o illegittimità di alcun atto processuale, e se ne chiede la soppressione (1).

(1) Questi presidj preliminari mancano per lo più alla difesa nei giudizi che si fanno per i così detti delitti di udienza, che a buona ragione Oldekops (*contra Carpzovium decade* 5, *quaest.* 1) chiamò giudizi tumultuarj. È pur troppo una necessità dell' ordine dei giudizi che certi fatti dai quali nascerebbe grave disturbo si reprimano con eccezionali provvedimenti. Ma bisogna però limitare queste forme eccezionali ai soli casi nei quali la vera necessità lo richiede, e non allargare la categoria dei delitti di udienza

Digitized by Google

per la sola ansietà di allargare lo arbitrio, come si è tentato di fare in proposito della falsa testimonianza. Vedasi ciò che dirò a §. 2707.

§. 986.

Si usano eccezioni contro le *persone*, o dell' *accusatore*, negandogli lo *jus accusandi;* o del *giudice* (1), recusandolo come sospetto, ove ciò sia permesso; o di un *testimone*, mostrandolo eccettuato.

(1) Il diritto di ricusa di un giudice che apparisca sospetto alla parte fu sempre riconosciuto da tutte le civili legislazioni così nelle questioni patrimoniali come nelle questioni criminali anche in faccia a magistrati permanenti, anzi si ammise anche contro un intero collegio: Brunnemann *Cons.* 105 — Zanger *de exceptionibus pars* 2, *cap.* 4, *n.* 8, *Vittembergae* 1665. E La Cuisine *(de la justice criminelle en cours d'Assises pag.* 168) esaminò se uguale facoltà possa darsi alla difesa rispetto al cancelliere; lo che mi sembra non discutibile quando se ne abbiano fondate ragioni di sospetto, potendo essere forse più fatale la partigianeria di un Cancelliere che non quella di un membro del collegio, la quale può restare inefficace per la vigilanza e probità degli altri membri. In quanto ai giurati il diritto concesso dalla legge generale delle ricuse preambule alla istallazione del collegio sembrerebbe escludere ogni diritto di espulsione di uno od altro giurato dopochè fu completata la istallazione del collegio. Ma non è così. Ed è stato deciso dalla Cassazione di Francia con due decreti l' uno del 28 gennajo 1853, e l' altro del 9 luglio 1866, affare *Philippe* (Morin *art.* 8345) che quantunque l' art. 393 del codice di istruzione criminale di Francia dichiari che una volta costituito un collegio di giurati esso è definitivamente acquisito al giudicabile e non può più essere modificato, pure dove

Digitized by Google

nel corso del dibattimento uno dei giurati abbia manifestato un voto sulla colpevolezza dello accusato può questo venire ricusato e rimpiazzato da uno dei supplenti. Punto di dottrina che può essere interessantissimo in pratica.

§. 987.

La *difesa propriamente detta,* guardata nella sua relazione col fine che si propone, può essere o *indiretta,* o *diretta.*

§. 988.

Dicesi *indiretta,* quando si limita a criticare la prova dell' accusa, mostrandola inconcludente senza assumere la prova positiva della innocenza, bastandole il vincere per deficienza di prova (1).

(1) In buona logica è la sola difesa *indiretta* quella che ha bisogno di aspettare a fare le sue prove dopo compito il processo a carico, perchè non si può dire allo accusatore che non ha provato abbastanza fino che non ha esaurito le sue ricerche. Tutte le altre difese hanno ragione di essere ammesse dal primo momento nel quale l' accusa si è posta sopra una via dove per giustizia deve essere arrestata. Se io sono in grado di provare il diritto di proprietà in faccia alla accusa di furto, la nullità del primo matrimonio in faccia alla accusa di bigamia, e via così discorrendo, dove è la ragione per la quale un formalismo barbaro mi obblighi ad aspettare in carcere il termine del processo offensivo? La sentenza *frustra probatur quod probatum non relevat* dovrebbe impedire anche lo iniziamento delle procedure criminali.

Digitized by Google

§. 989.

È *diretta*, quando tende raggiungere la prova positiva della innocenza; lo che può ottenersi per doppia via: o allegando di avere agito nello esercizio legittimo del proprio *diritto — feci sed jure feci:* o sostenendo la *negativa coartata* di luogo e tempo; ossia l' *alibi*, col quale si rende impossibile l' affermazione dell' accusa.

§. 990.

Checchè si dubitasse negli ultimi secoli (1), oggi è riconosciuto appo tutti i popoli civili il così detto *favore* della difesa.

(1) Sul diritto dei rei ad avere un difensore legale disputarono in vario senso (fra gli altri) Boehmero *elementa jurisp. crim. sect.* 1, *cap.* 15, §. 259 *et seqq.* — Fromann *de execut. in effig. thes.* 56, 57 — Leyser *medit. ad pand. spec.* 562, *et spec.* 36 — Cramer *opuscul. vol.* 4, *diss.* 6. Pouyet cancelliere di Francesco I, che rese dominante in Francia il processo segreto, fu l' autore della ordinanza di Villers-Cotterets del 1539, che interdisse la difesa agli accusati. Cotesto divieto rinnovossi da Luigi XIV con la ordinanza del 1670. E la Francia fu retta da siffatte leggi fino alla rivoluzione. E fu tale la forza dell' abitudine e della reverenza alle ordinanze, che Pothier, di cui nessuno contrasta l' altissimo senno, trovò *(traité de la procedure criminelle)* molto saggio il costume di negare un difensore all' accusato. A tal punto erasi condotta in Francia la ferocia del diritto penale delle ordinanze da farne orrore la descrizione! Vedasi l' eccellente scritto di Damesme

Digitized by Google

introduction à l' histoire du droit romain de Valter, pag. 36 et suiv. Per conservare il nostro rispetto verso il Gran Regno (scriveva testè con molto spirito Caillemer) bisogna coprire di un velo la sua giustizia penale. Nella negata difesa si simboleggia quanto può esservi di più iniquo e di più atroce in una legislazione. La monarchia, superba del suo trionfo sulle giurisdizioni baronali ed ecclesiastiche, non conobbe più freno: e la crudeltà delle sue leggi preparò gli orrori della rivoluzione. Divenne volgare l' insulso dilemma, o l' accusato è innocente, e non può aver bisogno di difensore; o è colpevole e non deve esser difeso. Così si è ragionato per secoli: e quello che è peggio, sarebbevi tuttora qualcuno cui piacerebbe di sragionare così. Ugual divieto aveva dettato la casa di Spagna per le Fiandre: ma i magistrati di quello Stato non osservarono mai cotesta legge, e ammisero di arbitrio loro i giuristi a patrocinare gl' inquisiti.

§. 991.

Il diritto di difesa porta di necessità la *libera comunicazione* dell' *accusato* col suo difensore, dopo esauriti gli interrogatorj. Restringere tal facoltà è un coartare la difesa. Prescrivere la presenza di un carceriere al colloquio è un ingiusto arbitrio. Appostarlo in aguato perchè oda il colloquio è una vile iniquità.

§. 992.

La difesa, se non vuolsi privilegiata, deve almeno essere *alla pari* dell' accusa — 1.° nei *termini* — 2.° nella *facoltà di provare* — 3.° nella *libertà* della discussione (1).

Digitized by Google

(1) Quando gli accusati siano più d' uno non è necessario che ciascuno di loro abbia un patrono speciale. Può bastare uno solo per parecchi quando non siavi tra loro incompatibilità. Il diritto di giudicare della *incompatibilità* della difesa di diversi accusati spetta a tre — 1.° Agli accusati stessi — 2.° Al patrono — 3.° Al giudice. Quando tutti tacciono e tollerano che un patrono assuma più difese, e il patrono le assume senza protesta, si presume che le difese fossero compatibili, poichè altrimenti il patrono nella sua coscenza non le avrebbe assunte, il giudice non lo avrebbe tollerato, e i giudicabili non sarebbero stati così stolti da permetterlo: Cassazione di Francia 13 maggio 1867; Morin *art.* 8592. Dei privilegi della difesa trattò minuziosamente Albinus *delinquens defensus, Jenae* 1714.

§. 993.

È un errore, come bene avvertiva Berrier, lo annettere una idea di disuguaglianza fra accusatore e difensore. Se il pubblico ministero rappresenta la società nello interesse della punizione della colpa; il difensore rappresenta la società nello interesse della innocenza. Ambedue sacerdoti della giustizia, sono alla discussione indipendenti l' uno dall' altro: dipendenti entrambo dalle leggi; dalla loro coscienza; e dall' autorità del tribunale. E questa è una verità che deve ricordarsi da tutti; perchè chi avvilisce la curia avvilisce la magistratura. Disse egregiamente lo illustre Musio che anche la difesa è un *Pubblico Ministero;* e così pronunciò una parola gravida di verità altissima ed eterna, nel suo discorso al Senato (1) che meriterebbe di essere impresso a lettere d' oro.

Digitized by Google

(1) Discorso contro la pena di morte pronunciato al Senato nella tornata dell' 11 febbrajo 1875, che trovasi nel volume pubblicato a Roma il 1875 col titolo *discussioni intorno alla pena di morte pag. 7.*

§. 994.

Del resto il principio della uguaglianza fece ammettere anche sotto il sistema inquisitorio il così detto *processo defensionale.* Il quale in questo sistema può dal reo provocarsi *di pieno diritto,* chiedendo, dopo avuta comunicazione degli atti, che si completi la istruzione con ulteriori esami dai quali si augura il proprio discarico.

§. 995.

Il processo defensionale dicesi *ripetitivo,* quando il reo provoca un nuovo esame dei testimoni *già uditi,* pel fine di averne rettificazioni e chiarezze. Dicesi *ad repulsam,* quando il reo induce testimoni *nuovi* per conflittare le risultanze a suo carico.

§. 996.

Nel sistema misto la congiunzione dei due processi non deve portare alla conseguenza assurda che siasi tolto il *pieno diritto* del defensionale, e nel processo scritto e nell' orale: ma deve invece portare l' effetto che sia libero al reo il processo defensionale sotto ambo le forme, a elezione sua; nel modo stesso che è libero all' accusatore. Cioè che egli possa, conosciuto il processo scritto, eccitarne

Digitized by Google

di pieno diritto la completazione col mezzo di un defensivo alla istruzione, utilissimo a lui (se sarà lealmente eseguito dal giudice istruttore) per parare il colpo dell' invio a giudizio. E che possa di poi (abbia egli o non abbia profittato di quel primo mezzo) fare il suo defensivo al dibattimento orale, con indurvi quei testimoni che spera a sè proficui. Non può esistere per parte della legge procedurale completa recognizione del sacro diritto di difesa, se non si adeguano le facoltà dell' accusato a quelle dell' accusatore in tutte le fasi della controversia: e così non solo in quanto attiene alla facoltà di discutere, ma anche in quanto riguarda la facoltà di produrre giustificazioni. Irrisorie sarebbero tante provvide cure per dare un difensore all' accusato, se al patrono s' impedisse di costruire, secondo sua arte e coscienza, il processo defensionale.

§. 997.

A questa larghezza, che la maggior parte degli ordinamenti moderni (non dirò *concedono*) *rispettano* nell' accusato, fuvvi chi dubitò doversi apporre un freno, subordinandola al beneplacito del magistrato. Ciò per tema ostentata di soverchio ingombro al corso di giustizia. Ma la tema è offensiva alla dignità del difensore, facilmente frenabile in caso di abuso con misure disciplinari. E d' altronde è meglio rischiare un qualche spreco di tempo, che porre a repentaglio la sorte di un innocente per coartata difesa. Oltre a ciò il pregiudizio del magistrato che rigetta il defensionale, mentre suona aspro (perchè in sostanza torna all' istesso che dire, non voglio vi

Digitized by Google

difendiate a modo vostro) è una prematura propalazione di voto, e spessissimo è una divinazione senza sufficiente cognizione di causa; movendo le ragioni dello ammettere o del negare dalla congetturale previsione dell'atteggiamento futuro dell'orale processo (1). Uguale osservazione ricorre circa le *interrogazioni* da farsi ai testimoni nel giudizio orale. Avvi taluno che crede si possa dal giudice direttore del dibattimento ammettere o ricusare tale o tale altra interrogazione che l' accusato o il suo patrono brami dirigere ad un testimone. Errore anche questo, e rancido avanzo delle tradizioni della barbarie. Se si fa questione di *pertinenza*, dovrà certamente accordarsi al magistrato la facoltà di respingere interrogazioni e ricerche *estranee* al fatto che si esamina, alle quali si voglia aprire la via dall' accusato o per curiosità, o per vendetta contro il testimone, o per altro fine certamente non lecito, qual è quello qualunque siasi che diverge dallo scopo della cognizione del vero sul delitto che si ricerca. Ma quando si fa la questione di *concludenza;* quando si pretende respingere una interrogazione *pertinente* al fatto in questione, sotto il pretesto che il giudice non la crede concludente, si aberra da ogni retto principio, e si esercita con intollerabile tirannia una vera coartazione di difesa. Il giudice, per quanto sia più dotto del patrono, non può indovinare l'ordine di difesa che questi prepara: e se egli se lo augura, mostrerà di essere più presuntuoso ma non più saggio di lui. Una circostanza di fatto può apparire insignificante all'esordire di un processo orale. Ma il difensore che ha in animo di giustificare altre circostanze, e congiungerle con la prima, e costruire

Digitized by Google

infine un tale risultamento che demolisca l'accusa, la ritiene con miglior cognizione di causa quale concludentissima. Impegnando una disputa su cotesto terreno, il giudice viene a discutere la difesa prima che sia fatta, propala il suo voto, e intorbida lo svolgimento del vero con danno della giustizia.

(1) Queste verità sono universalmente riconosciute dagli scrittori, e dalle buone legislazioni: Nouguier (*La Cour d' assises vol.* 2, *pag.* 26, §. 650, *Paris* 1860) — *Ni ministère public, ni partie civile, ni accusé, ne sont limités dans le choix. Ils placent sur leur liste* toutes les personnes à leur convenance, *et en tel* nombre *qu' ils le veulent bien.* Impossible qu' il en soit autrement, *parce qu' il est impossible tout contrôle préalable.*

§. 998.

Evvi poi un punto nel quale la difesa deve godere un *privilegio* sull' accusa, e in ciò consiste l' effettivo *favore* della difesa (1). Ed è che il patrono debba avere *ultima la parola* tanto nella discussione del *merito,* quanto nella discussione degli *incidenti.* È gravissimo dubbio se questo diritto sia rispettato in faccia alle Corti di Assise dove si ammette il riassunto presidenziale. È un fatto che se il Presidente vuol dare l' ultima parola alla accusa egli ne ha balìa facendosi egli stesso portatore di parole di accusa alle quali il patrono non può rispondere.

(1) Le esagerazioni (le quali nuocono sempre anche alle migliori cause) dettero occasione di denunciare come irra-

Digitized by Google

gionevole la formula *favore della difesa.* La propugnò Cramer *Opuscula juridica, tom.* 4, *opusc.* 6, *de favore defensionis et irrationabilitate consuetudinis defensorum exclusivae in causis criminalibus.* Non volendo questionare sulla parola *favore* è però certo in principio che alla difesa compete il diritto della *uguaglianza;* su ciò non è permesso nè di dubitare nè di transigere: ma quando vi sono dei casi nei quali è materialmente impossibile serbare perfetta uguaglianza (come nel decidere chi debba parlare l' ultimo) è inevitabile che il dubbio si sciolga con la regola del favore, e che tale favore si conceda alla difesa e non all' accusa: Vignoli *de judiciis causarum criminalium cap.* 36, *Genuae* 1684 — Hein *promptuarium vol.* 1, *pag.* 478, §. 8, *n.* 2, *Norimbergae* 1720 — Leyser *meditationes, specimen* 283, *n.* 29 — Hupka *positiones pag.* 242, §. 585. Era una limitazione della difesa (ma resa necessaria dalla soverchia prolissità degli oratori) l' uso degli oriuoli a polvere negli antichi giudizi. Vedasi Draud *commentatio de clepsydris veterum, Gissae* 1732. I buoni ordinamenti procedurali introdussero la cautela di prescrivere a pena di nullità al Cancelliere di prendere nota nel verbale di udienza che l' *accusato ed il suo difensore hanno avuto gli ultimi la parola.* Sarebbe lo stesso che cancellare la legge lo stabilire che nel silenzio del Cancelliere circa lo adempimento di questo rito debba presumersi la osservanza del medesimo: come sarebbe contrario ai più elementari fondamenti del diritto penale lo insinuare che se il patrono non consta avere avuto l' ultimo la parola ciò mostri che egli vi rinunziò. Cose tutte che se tuttavolta si dicono, deve perdonarsi alla irriflessione di chi le annunzia, ma non accettarsi come regole giurisprudenziali. Il difensore può benissimo non avere altro da aggiungere; può anche essere contento delle umane conclusioni della accusa. Ma ciò che vuole la legge non è che il patrono e l' accusato *abbiano parlato gli ultimi.* Bensì (notisi bene) vuole che consti *il fatto del Presidente* di avere egli *dato l' ultima parola* alla difesa. È però notabile

Digitized by Google

che questo diritto dello accusato di avere la facoltà di parlare l' ultimo fu proclamato in Inghilterra soltanto con la legge del 9 maggio 1865: Chauveau *etude sur la poursuite criminelle en Angleterre pag.* 89.

§. 999.

I doveri del difensore sono: 1.° la *scienza* — procurarsi con ogni *studio* le maniere di giovare al suo raccomandato, internandosi così nelle minuzie del *fatto* come nelle profondità del *diritto* — 2.° la *pietà* — confortarlo, ed assisterlo fino a che vi è *mezzo legalmente esperibile* — 3.° il *coraggio* — non arrestarsi mai per codarde paure, o per terreni riguardi — 4.° la *fedeltà* — non tradirne i segreti — 5.° il *disinteresse* — non aggiungere dolori allo infortunio: e prestarsi ugualmente al povero come al ricco — 6.° la *lealtà* in tuttociò che *agisce.* Questa non l' obbliga *a fare* ciò che veda per avventura omesso dall' accusa, e giovevole a mostrare la colpa. Ciò sarebbe contrario al suo ministero, del quale in tali casi è un debito la *reticenza.* Il dovere della lealtà non impone al difensore una obbligazione *positiva;* ma puramente *negativa.* Esso lo astringe a *non fare:* cioè a *non affermare* cosa contraria alla verità *processale,* e a *non operare* con arti o prove mendaci per il trionfo del falso. Distinzione che (non sempre ben avvertita) illuse talvolta i difensori ad atti che sono nè più nè meno un delitto contro la giustizia. Ma non è slealtà il tacere e l' omettere ciò che detto o fatto potrebbe nuocere all' accusato. L' obbligo di provare il delitto incombe all' accusatore, non al difensore; e strano sarebbe che que-

Digitized by Google

gli esigesse da questo un soccorso alla propria ignoranza od inesperienza (1).

(1) È una presunzione crudele quella di chi vorrebbe convertire il patrono in un aiutante della accusa.

CAPITOLO XV.

Della sentenza.

§. 1000.

Sentenza in criminale dicesi — *qualunque pronuncia emanata dal giudice intorno al delitto del quale è chiamato a conoscere.*

§. 1001.

La sentenza è *interlocutoria,* quando non dirime la controversia principale; ma solo una questione incidente, o accessoria (1).

(1) Bauer e Weiske hanno distinto la *interlocutoria* dalla *praelocutoria;* e danno questo nome ai decreti che precedono il procedimento penale per ordinarlo. Weiske *proced. pen.* §. 338.

§. 1002.

Sentenza *definitiva* è l'atto col quale *il giudice competente risolve la causa criminale assolvendo o condannando il reo.*

Digitized by Google

§. 1003.

La sentenza definitiva può essere *assolutoria*, o *condennatoria*. L'assolutoria può essere *a crimine*, o soltanto *ab instantia;* nel qual caso la sua qualità di definitiva non è che *condizionale*. La condennatoria può esserlo o a pena *ordinaria*, o a pena *straordinaria* (1).

(1) Singolare consuetudine vigeva in Sassonia, ed era quella che in certi casi si condannasse alla detenzione a tempo, od a vita, *con riservo al condannato di provare la propria innocenza*. Questa pratica è stata abolita per la legge 30 marzo 1838 §. 10: vedi Weiske *proced. pen.* §. 348.

§. 1004.

Le sentenze si dividono in *contradittorie* (1), e *contumaciali*. Ma queste ultime, perchè mancò la forma essenziale della difesa, non devono essere mai irretrattabili (2). La contumacia dicesi contumacia al *processo* quando lo inquisito non è mai comparso, e contumacia al *giudizio* quando il reo dopo avere subito l'interrogatorio in processo non comparisce poi nel giorno della discussione della causa. La materia dei giudizi contumaciali presenta nella storia dei procedimenti punitivi grandissime oscillazioni. Talvolta per uno sdegno superbo contro la disobbedienza si è negato ogni guarentigia ai contumaci e ne dà trista reminiscenza il feroce broccardo *contra contumaces omnia jura clamant*, e si giunse persino a dare alle sentenze contumaciali lo effetto

Digitized by Google

della irretrattabilità. Talvolta si distinse fra sentenze in materia correzionale, e sentenze in materia criminale, ammettendo che le prime potessero acquistare irretrattabilità a certe condizioni; mai lo potessero le seconde. Talvolta si venne a negare la irretrattabilità indistintamente così alle une come alle altre (3). Una storia di tutte queste diverse opinioni e dei relativi placiti legislativi occuperebbe un volume. Acuti ed umani pensatori moderni hanno portato la questione alla radice, e si è sollevato il dubbio sulla utilità (ai fini penali) dei giudizi contumaciali, e si vorrebbe abolirli una volta per sempre. La scienza non può dare che una formula, e proclamare una suprema verità: ed è quella che dove *non ebbe luogo completa difesa* non può mai essersi certi della colpevolezza nè essere tranquilli nella irrogazione della pena.

(1) *Contradittorie* si dicono le sentenze le quali sono proferite in un giudizio dove è intervenuto fino all' ultimo il reo. Questo nome deriva dalla *contradizione presunta,* ma non si muta perchè il reo invece di contradire abbia confessato e concordato.

(2) Studiarono i filantropi se vi fosse modo di evitare i pericoli della innocenza e proteggerla anche nei giudizi contumaciali. Si occupò di ciò ultimamente Robinet nella *Revue Critique tom. 24, pag. 434.*

(3) A tenere care le sentenze contumaciali ebbero grande forza due fatti che gli antichi venerarono e si respingono dai moderni; cioè la esecuzione in effigie (mantenuta anche in alcuni paesi di Italia fino ai tempi nostri) e la confisca dei beni. Aboliti (e vogliamo sperare per sempre) questi due fatti (l' uno perchè ridicolo, e l' altro perchè iniquo) era naturale che si tornasse a dimandare, a che giovano i

Digitized by Google

giudizi contumaciali quando si costruiscono contro il solo contumace? Si vedano in questa materia Lalli *de reo contumace, Romae* 1748 — Vogel *exercitatio juridica utrum contra delinquentem contumacem procedere liceat, Lipsiae* 1771 — Sesse *decisiones Aragoniae vol.* 2, *decis.* 228, *Venetiis* 1612. E la erudita dissertazione di Diena *della procedura in contumacia nelle cause correzionali, Venezia* 1873. Come anche nello antico Piemonte si seguitassero nel giure penale le barbare massime francesi può rilevarsi dal Beccio (*Consilia, Venetiis* 1593) consulente di Casale Monferrato; il quale al *Cons.* 11 sostiene che quando il contumace è stato condannato con sentenza contumaciale incombe a lui l' onere di provare la sua innocenza, altrimenti si appicca. La prevalenza di massime più miti nel resto di Italia apparisce, fra i molti, dal Ruino *cons.* 31, *lib.* 5, *Venetiis* 1571. Ruino morì nel 1530; fu Professore tre anni a Ticino, poi a Bologna.

§. 1005.

Deve la sentenza criminale avere delle condizioni impreteribili in qualunque sistema. Tali condizioni sono o *estrinseche* o *intrinseche.*

§. 1006.

Condizioni o forme *estrinseche* sono tutte quelle necessarie alla sua *constatazione,* e certezza. Tali sono il disteso in *scritto* — la *data* — le *firme* — la *pubblicazione;* che nel sistema inquisitorio si fa col mero *deposito dell' originale* alla cancelleria; nel misto si fa con la *lettura al pubblico,* e successivo deposito (1).

Digitized by Google

(1) La notificazione in copia autentica della sentenza *condennatoria* non è propriamente una *formalità* integrante la sentenza, la quale esiste completa ed irrevocabile tostochè è pubblicata con le altre sue forme. Essa è però una forma necessaria alla *esecuzione* della sentenza. Esistendo sempre uno od altro modo concesso dalle leggi ai condannati per provvedere allo interesse loro quando si credano ingiustamente gravati, ed ottenere la revoca o modificazione della condanna mediante appello o cassazione o revisione, è ben dovere che abbiano *copia* della sentenza che li affligge affinchè possano esaminarla maturamente e farla esaminare da giuristi di loro fiducia. Di qui la regola generalmente accolta da tutte le procedure oneste che il termine ad appellare o ricorrere dalle sentenze contraddittorie (sia desso di tre, di cinque, o di dieci giorni) decorra dal giorno in cui copia fedele della sentenza sia stata nei modi legittimi notificata al condannato. Ogni *esecuzione* della sentenza condennatoria anteriore alla sua notificazione (tranne il caso di una dichiarazione di accettazione per parte del condannato) è una tirannia se si prescrive dalla legge, è un abuso di potere se si fa oltre quella. Tali sono le regole insegnate dalla scienza e rispettate da quasi tutti i codici anche dei governi dispotici. Ma il codice di procedura penale che nel 1866 fu dato alla libera Italia calpestò questa regola insieme con tanti altri buoni precetti e guarentigie di rito. Esso all' art. 322 prescrive non occorrere la notificazione al condannato che fu presente al giudizio, sia che abbia o no assistito alla lettura pubblica della sentenza. Iniquità intollerabile; dettata non solo per risparmiare ai cancellieri la fatica di copiare le sentenze; ma più malignamente inspirata dal perpetuo desiderio di tender sempre tranelli ai cittadini caduti in sospetto. Cosa capisce l' uomo del volgo al sentir leggere una sentenza in udienza? Moltissime volte mi accadde che dopo quella lettura il giudicabile dimandava a me se era stato condannato o assoluto: il poveretto non aveva capito neppur questo! Ogni cittadino condannato ha diritto di esaminare le ragioni

Digitized by Google

della propria condanna e di fare esaminare da un giurista di sua fiducia la condizione giuridica del giudicato. Qual consiglio può dare il giurista onesto senza leggere la sentenza contro la quale si vuole reclamare? Bisogna che la parte e la famiglia spendano per avere la copia della sentenza: e questo è il meno. Per farne la copia si temporeggia; e intanto decorrono i termini. E questo è sempre poco: la copia non è autentica, e se vi cadono errori si inoltra un ricorso fondato sullo errore. Così s' impastoja la difesa degli accusati; e questo è il fine ultimo al quale convergono con mirabile simmetria tutti i nuovi ordinamenti dati alla Italia. Noi Toscani non eravamo assuefatti a questa foggia di libertà. In Francia si mantenne l' obbligo della notificazione, e soltanto in giurisprudenza invalse la massima nelle sentenze correzionali che la esecuzione spontanea della sentenza per parte del condannato mediante costituzione in carcere ne inducesse accettazione tacita: Morin *art.* 9114.

§. 1007.

Condizioni o forme *intrinseche* alla sentenza definitiva sono

1.° La dichiarazione (1) del *fatto*: la quale deve essere — *chiara,* non enimmatica e ambigua — *positiva,* non dubbiosa e perplessa — *completa,* su tutte le circostanze, costitutive, aggravanti, e diminuenti della criminosità.

2.° La *motivazione in diritto* (2) la quale deve parimente essere univoca, positiva, e completa.

3.° La *indicazione* (o meglio la *trascrizione*) dell' articolo di legge, che in caso di condanna vuole applicarsi.

4.° La *designazione della pena,* e delle condanne accessorie.

Digitized by Google

(1) Lo usare a questo luogo la parola *dichiarazione* sostituita alla parola *motivazione* ha il germe in sè di un arduo ed interessantissimo problema. Le pratiche universali di parecchi secoli mantennero la regola che anche il *fatto* dovesse essere *motivato* nelle sentenze criminali. *Motivato,* cioè non con un *ragionamento* logico tendente a mostrare la prevalenza di una o di altra prova. Ma con una *sommaria indicazione* dei fonti sui quali i giudici hanno costruito il proprio convincimento: per esempio — ci siamo convinti della premeditazione per ciò che dice il teste A o B — ci siamo convinti dello scasso per le verificazioni della perizia C; e via così discorrendo. Questo metodo è assolutamente inadattabile alla giurìa: e per ciò ha fatto prevalere nei tempi odierni la opposta regola che il *fatto* non debba *motivarsi,* ma semplicemente *dichiararsi;* e dai Giurati non si poteva chiedere di più. Ma alcune moderne legislazioni si sono appagate della semplice *dichiarazione* anche dove il giudizio è consegnato ai magistrati; e dove ai giudici permanenti si fa precetto di pronunciare per *intima convinzione.* In questa combinazione sarebbe possibilissimo (anzi facile) la *motivazione* anche del *fatto,* ed ognuno lo intende. E lo adottare questo metodo darebbe grande preponderanza ai magistrati permanenti sopra la giurìa, togliendo a quelli il rimprovero di essere essi pure *Cadi,* e di non dare prova al pubblico di avere giudicato secondo ragione e con la mente, anzichè per *impressione* e col cuore.

Certo è che lo imporre ai magistrati la *motivazione del fatto* produce due effetti importantissimi nelle discipline penali.

1.° Si rispetta tuttavia il principio della *leg.* 12, *Cod. de poenis* che i giudici (anche pronunziando per convinzione) debbono sempre decidere *secundum acta et probata.* Vedasi Catharini *observationes* in Meermann *thesaurus tom.* 6, *pag.* 774. Ma quando il giudice non dà cenno dei *fonti* della sua convinzione, come persuadersi che egli l' abbia formata *secundum acta,* e non piuttosto secondo le insinuazioni fornitegli in un caffè o da un giornale!

Digitized by Google

2.° Tutti deplorano le fatali conseguenze di un errore giudiciario che abbia colpito la innocenza, e tutti desiderano che ne rimanga possibile la riparazione. Ma come riparare agli errori di fatto dopo una sentenza che non *dà ragione* del fatto? Di questa terribile verità ce ne ha dato recentemente tremenda prova il naufragio patito dalla riabilitazione della memoria dello infelice *Lesurques*, quantunque animosamente sostenuta da quel gagliardo campione che è Jules Favre. Provare anche luminosamente dopo la condanna la falsità di un testimone o di un documento è insufficiente se non si prova altresì che in quel documento e in quel testimone trovarono i giudici il precipuo fondamento delle loro convinzioni. E chi può dire ciò se la sentenza è muta sugli elementi del fatto? Venga pure un testimone dopo la condanna a gridare il confiteor ed il mea culpa, e giuri in mezzo alle lacrime che sbagliò quando in *Lesurques* riconobbe lo assassino, mentre il vero assassino era *Dubois*. I giudici della riparazione potranno sempre dire che questo niente conclude, perchè non si sa se la condanna emanò sulla fede avuta in quel testimone, oppure sopra altre prove che meglio stabilissero la colpevolezza del condannato. Fra lo errore o il mendacio di un teste, e la innocenza del condannato non vi è nesso logico *necessario*, se questo nesso non lo dimostra la sentenza di condanna.

(2) L' obbligo imposto ai giudici di *motivare in diritto* le loro pronunzie non solo è necessario perchè i giudici chiamati a rivedere le prime sentenze possano comprendere a quali argomenti le medesime s' ispirarono, ma è utile eziandio come freno alle velleità dei primi giudicanti, avvenendo spesso che i giudici benchè determinati a decidere in una guisa, nel porre in carta le ragioni di tale pronunzia vengano essi medesimi ad avvedersi che desse non sono nè buone nè solide, e si ritraggano dalla via dell' errore. È celebre il motto di Loiseau: *Io vi consiglio* (disse ad una Corte di Francia quello illustre giureconsulto) *per l' onore*

Digitized by Google

del Tribunale se stampate la vostra sentenza a non stampare la mia difesa.

§. 1008.

Una sentenza che non dia sfogo coerente e completo sia alle questioni elevate dall'accusa, sia alle deduzioni defensionali (sì in fatto come in diritto) è nulla nel primo caso per denegata giustizia, e per conculcata difesa nel secondo.

§. 1009.

Quando la sentenza emana, non da un solo giudice, ma da un *collegio*, nascono tre importanti questioni — 1.° se debba esigersi la *unanimità* — 2.° che debba dirsi in caso di *parità* — 3.° che debba dirsi in caso di *scissura in più di due opinioni.*

§. 1010.

PRIMA RICERCA — Il sistema della *unanimità* (1) fu sostenuto in Italia da Barbacovi, che propose una minorazione di pena in caso di discordia, sulla ragione che sei meno uno non poteva essere uguale a sei: fu propugnato in Germania dal Sonnenfels, che ammise la prevalenza della maggiorità nelle questioni di diritto, ma nella questione di fatto propose in caso di dissenso la sospensione del giudizio, sulla ragione che la *unità morale* o *collettiva*, costituita dal collegio, non si era anche pronunciata: e fu calorosamente difeso in Inghilterra da Best in uno scritto pubblicato nel 1855 dalla insigne so-

Digitized by Google

cietà giuridica di Londra. Il metodo della unanimità vige in Inghilterra, nel Ducato di Brunswich, e agli Stati Uniti; e si tentò più volte di stabilirlo in Francia, ma con infelice risultato e breve durata.

(1) Quando si copiano le istituzioni straniere non sempre si avverte alla connessione logica delle diverse forme; e alla relativa concatenazione che fa essere buona una forma in quanto è mezzo o conseguenza di un' altra: laddove tolta questa mancherebbe la causa o la efficienza dell' altra. Così avviene che agendo inconsultamente e alla cieca si accatta un sistema mutilandolo in qualche sua parte e conservandolo illeso nell' altra parte, senza por mente che tolta quella, diviene questa o inutile o inconsequente e contradittoria. In Inghilterra vige il sistema della Giurìa con la *unanimità* e con la deliberazione in *camera di consiglio*. Si finse dai Francesi di trapiantare sulla Senna la Giurìa del Tamigi, ma alla *unanimità* si volle sostituire dai nostri vicini la *maggioranza:* e frattanto si mantenne la *camera di consiglio* per i Giurati. In Italia poi si copiò netto netto il sistema mutilato di Francia, perchè i nostri legislatori amano il metodo di chi ha bisogno di scarpe senza imitare la prudenza di costui. Certamente chi ha bisogno di un paio di scarpe anzichè farle da sè trova più comodo provvedersele già fatte dal calzolaio; ma ha però la prudenza di provare se convengono al suo piede prima di accettarle. I nostri legislatori considerano le leggi come scarpe, e le pigliano già fatte: se poi convengono o no alla nazione alla quale si impongono lo dirà il pianto dei popoli che ne saranno storpiati. La deliberazione in *camera di consiglio* è logica ed è necessaria dove si adotta il sistema della *unanimità*, perchè la *unanimità* deve nascere dall' accordo dei giudizi, e tale accordo non è possibile senza la discussione delle opinioni divergenti. Sotto il sistema della *maggioranza* si contano le *impressioni* che ciascuno individuo ha ricevuto dal processo orale, e quando sette Giurati

Digitized by Google

concorrono nel risultato di una identica impressione essi non hanno più interesse di discutere; non vi è ragione di falsare quella impressione per il suggesto della impressione degli altri. Da questo momento è per loro indifferente conoscere la impressione che ha ricevuto la *minoranza*. Tolto il metodo della *unanimità* la *camera di consiglio* non ha più senso giuridico: anzi osteggia lo stesso senso comune, per la contradizione inevitabile che corre fra palesare le *impressioni proprie* e modificarle sulle *impressioni degli altri*. Era logica inesorabile, una volta abolita la unanimità, tornare al sistema degli antichi della votazione immediata. Ma a questo non si avvertì, si mantenne la deliberazione in comune ragionevolmente (ed anzi necessariamente) prescritta alla Giurìa Americana ed Inglese, senza accorgersi che tolta la condizione della *unanimità* la deliberazione collegiale non aveva più ragione di essere, ed anzi aveva ragione contraria. La questione della unanimità è stata recentemente discussa di nuovo nella *Revue internationale t. 4, pag.* 105.

§. 1011.

La prevalenza della *maggioranza* si sostiene osservando: 1.° che anche la unanimità non guarentisce da un errore giudiciario — 2.° che esigere la unanimità apre troppo facile via alla impunità — 3.° che è di *uso generale* (1) in tutte le deliberazioni riconoscere la prevalenza della maggioranza — 4.° Che col sistema della unanimità si rende prevalente il meno sul più; giacchè un giurato che assolve ne vince undici che condannano. Questo sistema è generalmente preferito dai legislatori contemporanei (2).

(1) Questo terzo argomento è manifestamente sofistico perchè pecca del vizio di parificare due cose le quali nella rispet-

Digitized by Google

tiva natura sono radicalmente difformi: si parifica cioè quello che dipende dalla *intelligenza* umana con quello che dipende dalla umana *volontà*. In tutte le decisioni amministrative si cerca ciò che si *vuole* dai più; ed è bene ragionevole che il *volere* dei *più* sovrasti al *volere* dei *meno*. La cosa è intuitiva. Quando mille in un comune vogliono un lavoro, od altra cosa qualunque, è ben giusto che se altri duemila vogliono il contrario si debba dai primi chinare la fronte. Finchè siamo in questa sfera l' autorità della maggioranza è irrecusabile. Ma in materia di *sentenze* la cosa è radicalmente diversa, e la *volontà* non più attiva diviene a tutto rigore di termini assolutamente passiva e subordinata ad una verità di ordine superiore. Il giudice che condanna non può dire condanno perchè *voglio* condannare. Dicendo in tal guisa adopera una figura rettorica, e scambia l' *effetto* con la *causa*. Il giudice non *attribuisce* diritti (intendasi bene) egli non fa che *dichiararli* perchè li riconosce come *preesistenti* per virtù di un ordine superiore. Il Pretore Romano non ebbe mai l' orgoglio di dire *darò un diritto*. Esso diceva *judicium dabo*, cioè vi darò la via ed i mezzi affinchè il vostro diritto, se esiste, possa ottenere riconoscimento. Quando si giudica pertanto non ha valore alcuno la *volontà*. La signoria della situazione spetta alla *intelligenza*. È questa che deve indagare se il diritto proposto *esista* o no: non può dire il giudice *voglio* che esista, ma deve dire *credo* che esista. Or dunque in tutte le questioni di intelligenza il criterio prevalente deve essere quello della maggiore o minore *probabilità dello errore*. Per dare prevalenza alla maggioranza in quanto essa è maggioranza bisognerebbe dunque potere affermare che lo errore ha più facilmente accesso nella mente dei *pochi* che nella mente dei *molti*. Ma questo non si può in modo alcuno affermare, anzi la storia della umanità ci presenta costante questo fenomeno (irrecusabile quantunque doloroso) che i più grossi errori hanno sempre avuto la fede delle moltitudini, mentre le verità sonosi raggiunte unicamente da pochi. È dunque

Digitized by Google

falso criterio quello di chi dice stimo vera questa opinione perchè si crede da sette, mentre altri cinque credono la verità dell' opposto. Il solo criterio del numero non ha valore reale per escludere che invece abbiano errato i sette. Rimane un *dubbio*, ed in faccia a questo dubbio è ingiusto che dannisi un uomo a gravissima pena, mentre la sua innocenza si afferma da cinque contro sette. Il tracollo alla bilancia lo dà la opinione di un *solo uomo*; ed è tracollo terribile. Se il settimo giudice si univa ai cinque la verità proclamata sarebbe stata la innocenza e non la colpevolezza. Dunque è sempre una unità di intelligenza quella che prevale e che si arroga il diritto alla infallibilità. Nessun altro criterio di prevalenza di senno, di prevalenza di studj può qui recarsi innanzi; e può spesso avvenire che cinque dotti, cinque imparziali, cinque prudenti stiano da un lato, mentre gli altri sette si completano di persone precipitose, ignoranti, mancanti di logica o passionate. E con questi elementi si decide sulla vita di un uomo, argomentando dalla prevalenza dei *voleri* dove la *volontà* non ha diritto alcuno di imporsi, in una materia che è tutta indipendente da lei! Se questo non è un sofisma non vi è più dialettica al mondo.

(2) La questione relativa fra i tre diversi sistemi della *unanimità assoluta*, della *semplice maggioranza*, e di una maggioranza *a certe proporzioni* (otto o nove su dodici) si è recentemente trattata con assai larghezza e profondità da L. Wladimirow Professore all' Università di Kharhow in una dissertazione intitolata *Etude sur l' institution du jury en Russie*, inserita nella *Revue internationale Ann 4, pag.* 101.

§. 1012.

SECONDA RICERCA — Posto che la unanimità non si esiga alla condanna, che dovrà farsi in caso di *parità* dei suffragi? Assolvere: perchè la umanità lo esige. Assolvere, perchè due quantità eguali si

Digitized by Google

elidono, e danno un risultato *negativo*, mentre l' accusa per vincere la presunzione d' innocenza, deve avere a suo favore un risultato *affermativo*. Questo è ciò che volgarmente dicesi prevalenza del *voto di Minerva* (1).

(1) Sulla origine di questo broccardo vedasi Coccejo *diss.* 36, *vol.* 2 — Cramer *opusc.* 18, *vol.* 2 — Boeclero *diss.* 5, *vol.* 1 — Invernizzi *de pubblicis et criminalibus judiciis pag.* 46; ed altri: i quali, confutato l' errore di Meursio, dimostrano che il voto di Minerva nel giudizio di Oreste venne a costituire la parità, non a vincerla. Sulla parità nei giudizi *militari* scrisse Bürgers *singularium observationum Centuria* 4, *observ.* 2, *Coloniae Agrippinae* 1685.

§. 1013.

Terza ricerca — Assai perplessa è la formula per trovare il giudizio obiettivo prevalente nel caso di scissura del collegio in *tre diverse* opinioni. Questa ipotesi, di cui ricordano esempi pratici Plinio, Gellio, Polibio e Quintiliano, facile è a riprodursi. Di nove giudici (per esempio) tre opinano per la pena di morte, tre per lo esilio, tre per l' assoluzione: oppure quattro per la morte tre per la carcere, due per l' esilio.

§. 1014.

Quintiliano *(declam. 365)* insegnò che non dovesse guardarsi alla severità o mitezza delle opinioni; ma dovesse prevalere quella che avea *meno contrarii*, fosse anche la opinione per la morte. Co-

Digitized by Google

testa formula si prese a dimostrare matematicamente dal W o l f i o, sul principio che i voti (1) affermativi non potendo sommarsi perchè quantità eterogenee, devono sommarsi i negativi; i quali come quantità omogenee si prestano a somma. La formula Wolfiana, che in ultima analisi è la sanzione della maggiorità relativa, fu riprodotta modernamente dal C r a m e r, che si vantò di aver portato la evidenza su questa difficile questione. Ma essa non scioglie il nodo quando vi sia *parità* fra le divergenti: ed ha poi il secondo difetto di esporre a condannare a morte con quattro voti contro cinque.

(1) È osservabile che la parola *voto* è viziosamente applicata ai suffragii emessi dai giudicanti. La parola *voto* significa *desiderio*, atto della *volonta*. Ma colui che mi giudica reo non fa un atto di *volontà*, non mi dichiara tale perchè desideri di trovarmi colpevole, ma perchè nutre coscienziosa opinione che io lo sia veramente. Forse nella pratica volgare l' uso di questa parola ebbe la sua origine dal nome dato alle palle o bianche o nere con le quali si sogliono emettere i desiderj dei singoli nelle deliberazioni amministrative. E qui può essere adattato quel nome perchè con le palle si manifesta ciò che si *vuole*, ciò che si desidera da ciascuno individuo. Sia pure che a questa volontà ed a questo desiderio abbia preceduto un giudizio di migliore convenienza, certo è che tale giudizio ha fatto nascere una determinazione volitiva, e che l' individuo con quella palla esprime unicamente quest' ultima fase dell' animo suo. Non credo che la genesi di questa parola debba cercarsi nella francese *voix*. Se così fosse sarebbe a mio parere un equivoco. La parola *voix (voce)* non è mai inesatta perchè si presta a duplice concetto. La *voce* (*sì* o *no*) emessa da un consiglio amministrativo è un *voto* a rigore di termini. La

Digitized by Google

voce emessa (*sì* o *no*) in un collegio giudiciario è un *giudizio*. La etimologia genuina della parola *voto* bisogna trovarla nella parola *volitum*. E ai così detti *voti* dei giudicanti più propriamente si adatta dunque la parola *suffragio*.

§. 1015.

L'Erodio *(rer. jud. lib. 5, tit. 22, cap. 7, pag. 279, Genovae 1677)* insegnò, anche come pratica da lui osservata, che dovevano tenersi ferme le due opinioni *estreme*, e costringersi quelli che tenevano la opinione *media* a gettarsi sull' una delle altre due. Ma questo metodo imita la spada di Alessandro. Non vi è diritto in alcuno di coartare la libertà di tre votanti piuttostochè degli altri. Non può ad una delle tre opinioni attribuirsi la presunzione di errore, come farebbe lo Erodio rispetto alla opinione media, condannandola al disprezzo. Può inoltre far trionfare una minoranza meschina completata da suffragi che in sostanza furono coatti.

§. 1016.

Ziegler risolvette il problema rinviando al trono la decisione. Con ciò si converte in atto di arbitrio un atto che deve essere di giustizia. E poi se lo Stato è retto esso pure da un collegio, e anche questo si scinde in diversi pensieri? Il nodo è insoluto.

§. 1017.

Il Corseto ed altri repetenti suggerirono che si prendesse la *media proporzionale*. Ma questa pal-

Digitized by Google

lida riproduzione della teorica dettata dal Saliceto nelle materie civili, non ha utilità pratica quando la divergenza non cade sulla *quantità* di una identica pena, ma su *diverse specie* di penalità.

§. 1018.

Grozio (1) suggerì doversi congiungere le opinioni discordi in ciò che hanno di *comune*. Ma se questa formula (tratta dalla *l. 27, §. 3, de receptis*) dà un risultato quando la divergenza cade sulla *quantità* di una stessa pena, niente risolve ove cada su pene di specie diversa fra cui nulla è *comune* (2).

(1) *De jure belli ac pacis lib.* 11, *cap.* 5, §. 19, *Lausannae* 1758; *et florum sparsio ad leg.* 27, §. 3, *ff. de receptis, Amsterdam* 1643.

(2) Vedasi Schilter *praxis jur. romani exerc.* 12, §. 20, *Francofurti ad Moenum* 1733 — Nevio *Analect.* 1, 30, *in Thes. Othonis vol.* 2, *pag.* 364 — Groenewegen *de legib. abr. et inusitatis in Hollandia lib.* 4, *tit.* 8, *leg.* 27, §. 3, *pag.* 93, *Noviomagi* 1664 — Voet *ad pand.* 4, 8, 19 — Bosch *de dissonis judicum sententiis, cap.* 3, *Lugduni Batavorum* 1761.

§. 1019.

Carmignani tentò riprodurre il concetto di Grozio, rettificandone la formula; col dire che dovea prevalere la maggiorità *implicita*. Ma il mutato vocabolo non declina le antiche obiezioni.

Digitized by Google

§. 1020.

Altri sostituì la formula che dovea prevalere la maggiorità *simpatica* (1). Ma questa formula ha un senso soltanto quando fra le tre opinioni siavi quella dell' assoluzione; perchè allora potrà trovarsi con verità nei giudici che volevano assolvere (e che dalla maggiorità sono costretti a condannare) una simpatia maggiore per la pena più mite che per l' altra. Ma quando la discordia cade su tre diverse condanne, non vi è *criterio* per determinare la simpatia maggiore fra opinione e opinione. E dove pure sia trovato codesto, non vi è *ragione* per disprezzare una opinione piuttosto che l' altra. Mentre la formula di Quintiliano e di Wolfio rischiava di far prevalere la opinione *massima,* ossia la più severa, le formule della prevalenza di ciò che vi è di *comune,* di ciò che vi è d'*implicito,* o di ciò che vi è di *simpatico,* tutte tendono a far prevalere la opinione *media.* Ma non si sa comprendere, nè si addita da alcuno, il *principio razionale di giustizia* per cui si debbano congiungere piuttosto i voti *infimi* coi *medj* per andare alla pena *media,* di quello che i voti medii con gl' infimi per andare alla *minima,* o i voti *medj* coi *massimi* per andare alla *massima.* In tutti questi conati io non veggo in faccia *alla giustizia* che una formula *arbitraria.*

(1) Vedi Hubero *de jure civitatis lib.* 3, *sect.* 2, *cap.* 6, §. 4, 5, 6 — Coccejo *in Grotium lib.* 2, *cap.* 5, §. 19, *tit.* 9: la cui teorica si fonda sull' osservare che le ricerche

Digitized by Google

del Collegio si scindono in due parti: 1.° si cerca se l'accusato *è reo*: 2.° si cerca *qual pena meriti.*

§. 1021.

La procedura toscana (Dichiarazioni e Istruzioni del 9 novembre 1838, art. 493) credette sciogliere il nodo, ordinando che prima si mandasse a voti la opinione *più severa,* poi la *media,* e infine la *più mite.* Ma supposto che nei votanti non sia elasticità di coscienza, ma convinzione della giustizia del proprio respettivo voto, non può la legge imporre nella seconda votazione ai giudici più severi un voto difforme dalle loro convinzioni. Capisco che *in fatto* i giudici finiranno col porsi d'accordo. Ma in cotesta previsione era inutile che tanti dotti sudassero per trovare la soluzione scientifica del problema. Il problema stesso presuppone per natura sua, non la discordia di un primo pensiero, per consecutiva discussione conciliata; ma una discordia tenace e perseverante, perchè coscienziosa. Ed allora le successive votazioni, benchè ripetute all' infinito, niente concluderanno (1). Bisogna, in una parola, che la legge non finga di sciorre il nodo col dire ai giudici che si pongano d'accordo: ma che lo sciolga essa medesima col decidere cosa deve dirsi quando quelli si mantengano discordi.

(1) Anche la procedura napoletana all' art. 291 adotta il sistema dell' Erodio, cioè la *coazione* dei voti o più severi, o minori di numero. Ma almeno risolve in qualche modo il problema con prescrizione positiva: poichè *impone* ai dissenzienti, o più rigidi, o minori di numero, di votare per

Digitized by Google

una delle altre due opinioni. È però sempre vero che con questo metodo vi è la combinazione possibile che un reo a cui la maggiorità nella prima votazione volea salva la vita: esposto a nuova votazione per la discordia di quella maggiorità intorno la specie o quantità della pena, vegga dalla nuova votazione sorgere una maggiorità per la pena di morte. Caso difficile: ma che pure ha la sua possibilità nella legge.

§. 1022.

Altri legislatori finalmente adottarono il precetto di Paolo *(leg. 38 ff. de re jud.)* (1) il quale insegnò doversi preferire la opinione *più mite*. Ma anche questa formula, ove si accetti in modo assoluto, porta all' assurdo: perchè se tre giudici si pronunciano per la morte, due per la detenzione a vita, e uno per lieve pena correzionale; ne avverrà che quest' *uno*, perchè è più mite, prevarrà sugli altri *cinque*. Certamente nel difetto di un *criterio razionale* che determini per *giustizia* la prevalenza di una opinione sull' altra, è conveniente che si ricorra ad un *criterio di equità*, col far prevalere la opinione che si appoggia alla regola — *in dubiis pro reo* (2): perlochè se dar prevalenza alla opinione più severa, è barbaro; se darla alla maggiorità relativa anco quando è più severa, è mostruoso; se darla alla opinione per la pena media, è arbitrario; se ricorrere a coazioni, o intervento di principe, è un violentare la indipendenza della giustizia; la prevalenza della *più mite* opinione ha almeno un canone di *equità* che la sostiene. Ma ciò non ostante essa non deve condursi a conseguenze esorbitanti.

Digitized by Google

(1) Concorda *cap. 7 de arbitris in sexto* — Mevio *commentarii in jus lubecense lib.* 1, *tit.* 1, *art.* 11, *n.* 35, 36, *Francofurti et Lipsiae* 1744.

(2) È notabile il modo col quale esprimeva cotesto principio Carlomagno nei suoi Capitolari *(l.* 7, *cap.* 186). Esso si risente della viva fede religiosa di quei tempi, ma contiene una sublime verità: voi non dovete (egli dice ai Giudici) condannare un accusato sopra presunzioni e semplici congetture. In caso di dubbio dovete lasciare quell' uomo alla giustizia di Dio; e dovete tener per fermo, che poichè Dio non ha permesso che voi siate completamente illuminati sul suo delitto, ciò è un segnale infallibile che Dio non ha voluto che quella colpa sia punita da voi, ma ne ha riservato la punizione a sè stesso.

§. 1023.

Accetterei pertanto come regola assoluta la prevalenza della pena più benigna, nel caso che le più opinioni difformi avessero ciascuna ugual numero di suffragi a loro favore. Ma quando vi fosse disparità di suffragi, disprezzerei quella che ne ha meno per sè; e sceglierei la più mite fra le due rimanenti opinioni. È manifesto che questo arduo problema non si può sciogliere razionalmente senza decidersi nella scelta fra i due distinti criterii del *numero* dei votanti *(criterio estrinseco)* e della *sostanza* del voto *(criterio intrinseco)*. Il criterio *intrinseco* sarà sempre *costante,* perchè è la condizione della ipotesi per cui nasce il problema. Le penalità diverse offriranno sempre una differenziale di gravità. Ma il criterio del *numero* può mancare ed abbandonarci quando ciascuna delle tre opinioni abbia parità di suffragio. Sicchè la dottrina di co-

Digitized by Google

loro che con varie formule prendono a guida il criterio *estrinseco* è *incompleta*, perchè in qualche caso non scioglie niente. La dottrina che prende a guida il criterio intrinseco col dar prevalenza o alla *media* o alla più *mite* opinione offre una soluzione *costante:* ma può essere esorbitante quando porti a far prevalere la minorità relativa. Bisogna dunque combinare i due criterii. Seguitare prima lo *estrinseco*, quando sia applicabile: e poscia nel successivo confronto di gravità seguitare lo *intrinseco*, tanto nel caso in cui il primo non sia applicabile quanto nel caso in cui già siasi applicato con la esclusione del numero minimo.

§. 1024

Compiuto mercè la sentenza il giudizio, è doveroso o *correggerlo* se vizioso; o *eseguire* la sentenza stessa. La *correzione* della sentenza criminale può essere richiesta o dalla *sostanza*, o dalla *forma*.

Dalla *sostanza*, quando si pretenda che la sentenza sia intrinsecamente erronea. In tal caso può procurarsi la emenda della ingiustizia, o con l'*appello:* questo apre il corso a nuovo giudizio integrale, ma però ne viene generalmente negata la convenienza nelle materie criminali (specialmente nei giudizi gravi) per ragione di pubblico ordine: o con la *revisione*, la quale più spesso si limita alla censura del ragionamento che ha diretto la prima sentenza, senza rinnovare il processo: o con la *cassazione;* quando la sentenza, non censurabile nella parte del *fatto*, lo sia nella parte del *diritto* o nel rito che le dette vita.

Digitized by Google

Dalla *forma* della sentenza nasce il bisogno della emenda, quando si ammetta il suo annullamento per violazione del rito procedurale. Nel qual caso il tribunale che cassa per violata forma, non emette alcun giudizio sul merito della questione. La convenienza di ammettere uno od altro metodo di emenda di una sentenza viziosa, è incontrastabile. Ed è pure evidente che tale emenda non può deferirsi agli stessi giudici che la pronunciarono, come si ebbe il coraggio di fare in Francia fino alla rivoluzione (1).

(1) Della convenienza o meno di ammettere l'appello in criminale disputarono Colero *Decis. Germanicae decis.* 132, *Lipsiae* 1631 — Phoebo *Decisiones Lusitanae decis.* 79, *pag.* 240, *Ulyssipone* 1678 — Hulshoff *de appellandi facultate in causis criminalibus admittenda, Amstelodami* 1846 — E nuovamente lo illustre Glaser nei suoi *Opuscoli vol.* 2, *op.* 21, *pag.* 274. È però universale quanto giusto il principio che dove si concede al condannato il rimedio dell'appello mai possa sull'appello di lui deteriorarsi la sua condizione: Morin *art.* 8778. In quanto al rimedio della Cassazione anche questo ha i suoi oppositori; e contro la medesima si è recentemente pronunziato Erio Sala *Rinnuovamento degli studi giuridici pag.* 163. Una viva ed interessante disputa ad occasione del rimedio della Cassazione si è sollevata sul punto di sapere se i giudici Supremi qualora trovino nella denunciata sentenza una aperta violazione di legge possano di questa valersi per cassare, quantunque la difesa, o indolente o inesperta, non avesse nei motivi da lei dedotti richiamato quella violazione o quella nullità. I rigoristi vollero sostenere la negativa: ma i sommi principii di giustizia impongono che debba senza esitazione accettarsi la affermativa; la quale ha prevalso in Francia, e recentemente ancora fra noi; e diede occasione ad una dis-

Digitized by Google

sertazione bellissima di quell'alto ingegno che era Filippo Bonacci troppo presto rapito al bene della scienza ed alle speranze di Italia: la quale è intitolata *la Corte di Cassazione e gli annullamenti d'ufficio, Torino* 1870; ove con solidissime argomentazioni mette in evidenza quanto sarebbe inconveniente ed iniquo ridurre quel supremo Tribunale ad una condizione meramente passiva; imporgli di dare contro coscienza sua la propria sanzione ad un giudicato manifestamente ingiusto e vizioso; e condannare un innocente a subire la pena per la incuria del suo patrono. Ciò che nobilita quel Supremo Tribunale è la sua alta missione di conservatore della legge; eccitata una volta la sua giurisdizione esso non può aver limiti di sterili forme nella tutela del sacro palladio che gli è confidato. I metodi stabiliti dalle varie legislazioni moderne per aprire l'adito alla *ritrattazione* di una sentenza condennatoria passata in giudicato quando si dubiti infetta da errore, sono così varii e minuziosamente difformi che è impossibile definirne teoricamente le condizioni in un punto di vista scientifico. In Francia la materia delle ritrattazioni in criminale era regolata dagli articoli 443 a 447 del codice di istruzione criminale, i quali furono tutti abrogati dalla legge definitivamente sanzionata il 21 giugno 1867 che trovasi riprodotta in Morin *art.* 8424. Il nuovo codice di procedura Austriaco se ne occupa ai §§. 353 e segg.

§. 1025.

La *esecuzione* della sentenza deve essere specialmente affidata dalla legge ad un *pubblico ufficiale.* Questo nel sistema misto è il pubblico ministero.

Le sentenze o siano *assolutorie* o sieno *condennatorie,* devono eseguirsi *prontamente.* Ogni ritardo quanto alle prime è una ingiustizia a danno dell'imputato: quanto alle seconde il ritardo nuoce al

Digitized by Google

pubblico esempio; ed anche riguardo al condannato accresce ingiustamente i suoi dolori. Soltanto ragioni speciali o di *giustizia* (come se penda supplica per grazia, o *appello* (1)) o di *umanità* (come in certi casi per malattia, gravidanza, demenza (2) del condannato) o di *religione*, o di alta *politica*, possono condurre a sospenderne la esecuzione. Vi possono essere delle sentenze le quali contengano in loro medesime il germe del sospendimento della propria esecuzione quando i magistrati (permettendolo (3) la legge organica) abbiano raccomandato il condannato alla grazia Sovrana (4).

(1) Ricorda Martinez un giudice di Spagna tuttora vivente ai suoi tempi (1848) che usava ordinare *la esecuzione* della condanna *a morte*, aggiungendo la formula — *senza pregiudizio dell' appello interposto dal condannato*. Simili immanità offendono non solo il cuore ma anche la ragione. Ovunque si ammetta un rimedio *correttorio* della sentenza criminale (o ordinario, o straordinario che sia) l' uso del medesimo per parte del condannato deve sospendere di pieno diritto la esecuzione della condanna.

(2) Si disputò se la pazzia sopraggiunta al condannato a morte fosse causa di sospendere la esecuzione capitale. Portato simile dubbio in faccia al testo Romano incontrò la antinomia fra la *l.* 9, *ff. de re judicata*, e la *l.* 14, *ff. de officio praesidis* esaminata latamente da Pagenstecker *Observationum legalium, liber singularis, observ.* 1. Altri sostennero la sospensione per motivi di religione; e sotto questo punto di vista furono esattamente logici. Il Progetto Spagnuolo delle Cortes del 1821 all' art. 56 avea dettato apposito precetto perchè dovesse sospendersi la esecuzione delle sentenze condennatorie a riguardo del condannato che fosse caduto in furore o delirio dopo la condanna: ma anche

Digitized by Google

quel Progetto fu il 18 giugno 1821 sottoposto alle censure dei Tribunali: e contro l'art. 36 si scagliò la Corte della Nuova Castiglia: *Observaciones hechas por la Audiencia Territorial de Castilla la Nueva al Proyecto de Codigo Penal, Madrid* 1821, *pag.* 49. Quella Corte fece la scoperta che la pazzia potevasi con tutta facilità simulare, e quindi le parve pericoloso l'art. 36, dovendo secondo il parer suo mandarsi anche i pazzi alla galera e alle forche. Questa è una delle solite osservazioni insensate che si accarezzano da chi vuole sciogliere i problemi di giure penale con dei calcoli *estragiuridici*. Ciò che è giusto deve farsi; ciò che non è giusto non farsi; senza riguardo alle difficoltà pratiche che possano incontrarsi. Queste vogliono per altri modi essere eliminate, ma non valgono mai a render giusto ciò che giusto non è. I migliori giuristi hanno guardato la questione della pazzia sopravvenuta alla condanna sotto il suo vero aspetto quando hanno osservato che lo eseguire la condanna sopra un infelice demente eccita la pubblica pietà; e per conseguenza priva affatto la pena della sua *forza morale oggettiva*, e rendendola antipatica al popolo ne rende ingiusta la applicazione. E questa io tengo che sia la opinione più vera. È singolare che nella odierna civiltà lo spirito di contradire rimette in questione certi principii umanitarii che erano comunissimi anche nei tempi di maggiore severità. Non si dubitò mai nella vecchia Alemagna che la pazzia sopravvenuta al condannato sospendesse la esecuzione della sentenza: Pufendorf *Introductio in processum criminalem Luneburgicum, cap.* 27, §. 7, *Hannoverae* 1768. E se taluno ne dubitò in Francia ciò non fa meraviglia quando là si accoglieva la iniqua dottrina dei delitti *eccettuati*, ai quali non era scusa neppure la pazzia concomitante al delitto: Catellan *Arrêtz remarquables liv.* 9, *cap.* 10, *Toulouse* 1723.

(3) Questo punto offre tre fasi diverse nei regolamenti procedurali dei diversi popoli. Alcuni Statuti tacciono sulla facoltà dei giudici di raccomandare alla grazia: ed allora i Tribunali non potranno (almeno in forma pubblica ed offi-

Digitized by Google

ciale) muoversi a tale raccomandazione che sarebbe invasiva dei diritti majestatici. Altri invece espressamente impongono ai Tribunali questo dovere. Simile disposizione si trova letteralmente nel Regolamento che il 1819 fu dato dal Governo Borbonico ai Tribunali del già Ducato Lucchese. Necessitato quel Governo a conservare nel nostro Ducato (provvisoriamente almeno) il codice penale Francese del 1810, e riconoscendone la esorbitante ferocia repugnante ai nostri costumi, saviamente provvide con questo temperamento che fu sovente dedotto in pratica, ed io stesso nel 1834 ne trassi profitto per un infelice affidato al mio patrocinio. Finalmente vi sono degli Statuti che hanno interdetto esplicitamente ai Magistrati siffatte raccomandazioni: così l' antico Statuto di Tolentino minacciava una pena a qualunque Magistrato che avesse osato presentare al Consiglio generale della Repubblica la proposta di una grazia a favore di qualche delinquente. È singolare questa osservazione rivelata dalla Storia che i governi liberi sono talvolta più gelosi dell' autorità sovrana di quello non lo siano gli stessi despoti. Così avviene spesso il fenomeno che all' aumento delle libertà politiche tenga dietro una diminuzione delle libertà civili.

(4) Cujacio notò un' altra causa speciale di sospensione ordinata in Roma per il servo che fosse stato amministratore di un peculio affidatogli dal padrone, e Carpzovio (*Praxis quaest.* 137, *n.* 17) insegnò che siffatta sospensione dovesse in pratica estendersi a qualunque condannato a morte che fosse stato amministratore del patrimonio altrui per dargli tempo di render conto. È argomento di grave disputa fra gli eruditi quali fossero sotto gl' Imperatori Romani gli ordini relativi al *tempo* delle esecuzioni capitali. Da alcuni testi del Romano diritto apparirebbe che per un senatoconsulto emanato sotto Tiberio ai condannati a morte si accordasse una dilazione di *dieci giorni* per dar loro il modo d' implorare la grazia del Principe. Da altri apparirebbe che questo spazio fosse protratto fino a *trenta giorni* mentre invece altri editti impongono la esecuzione *imme-*

Digitized by Google

diata. Fra le varie conciliazioni suggerite dagl' interpetri non è improbabile quella suggerita dal Daude (*De capitis poenis jure Justinianeo pag.* 23, *Berolini* 1871) che cioè la esecuzione *immediata* fosse la regola per le condanne proferite dai *giudici*, e che la dilazione dei dieci o dei trenta giorni fosse ordinata per le condanne a morte inflitte dallo Imperatore, per la speranza che il suo sdegno si placasse in quello intervallo. Questa conciliazione è di Geib.

§. 1026.

Fin qui sono concordi tutti gli scrittori intorno a tali cause di *sospendere la esecuzione* di una sentenza condennatoria. Ma ve ne sono elleno altre (1)? Gli antichi criminalisti non trovo che ne conoscessero di ulteriori. Ma una moderna dottrina, insegnando il sistema della liberazione provvisoria, viene ad introdurre una quarta *causa* di *sospendere* la esecuzione di una condanna: causa che può dirsi la *correzione*. I seguaci della scuola *correzionalista* spingono a diversi gradi le loro speculazioni. Alcuni recisamente pongono come principio che l'unico *fine* della pena sia la *emenda* del reo; anzi in questa sola trovano il fondamento della legittimità del giure penale: altri con un eclettismo impossibile (poichè è impossibile congiungere le idee di *punire* e di fare *un benefizio* al colpevole) congiungono il *fine* della emenda al *fine* dello *esempio*. Altri recisamente negano che possa la società infliggere pene *perpetue* (2) perchè avversano la correzione, o mostrano disperarne: altri si contentano del metodo della *liberazione* provvisoria. Noi abbiamo già (§. 645 nota 1) espresso il nostro pensiero su questo novello sistema:

Digitized by Google

ma qualche torta interpetrazione della nostra opinione ci forza a formularla di nuovo. Noi ammettiamo che la società abbia il *dovere* di tentare per ogni modo la emenda del colpevole; ed ammettiamo che come stromento a tale effetto essa debba profittare del tempo della espiazione della pena per agire efficacemente sull' animo del condannato; come è suo debito di operare *sempre* a cotesto effetto sull' animo di tutti i cittadini, salva però sempre la libertà individuale. Ma ciò che noi neghiamo si è che questa immensa serie di azioni, alle quali la società deve adoperarsi indefessa pel miglioramento dell' uomo (ultimo fine della consociazione umana) appartenga al magistero penale. Noi non ammettiamo che la giustizia penale debba deporre la sua spada in faccia al delinquente corretto. La pena deve essere pena. Non già perchè si punisca per il piacere di punire, come fu argutamente detto da alcuno che volle porre in ridicolo cotesta formula: ma perchè il *fine* della pena è di *riparare al male politico* del delitto. Il delitto ha intimorito i buoni, incoraggiato i male inclinati; la pena deve rialzare il coraggio dei buoni, deprimere l' audacia dei perversi. Il diritto negato col malefizio deve essere riaffermato dallo stesso colpevole col subire la pena. La forza morale oggettiva del crimine deve essere neutralizzata dalla forza morale oggettiva della pena. Ecco come noi concepiamo il *fine* della pena. E perchè raggiunga cotesto fine, la pena deve essere un *male* (3) (poichè la sua *forza morale oggettiva* non può essere senza un rapporto con la sua *forza fisica oggettiva)* e deve essere *certa*. E cosa intendiamo noi per *certezza* della pena già (§. 642) lo avvertimmo. La

Digitized by Google

certezza della pena non sta solo nel più o meno facile discoprimento dell' autore del delitto, o nella più o meno facile condanna del medesimo. Essa sta in questo che la condanna pronunciata faccia sicuri i cittadini tutti (o buoni o rei) che essa sarà realmente eseguita; e non si risolverà in una vana parola che dileguisi al vento o per protezione di fautori, o per debole pietà del governo, o per artificiosa ipocrisia del condannato. Tale, e non altra, è la opinione nostra: alla quale aderiamo, non perchè *non si conosca da noi* cosa significhi *emenda* del reo (come piacque a taluno di dire) ma perchè noi stimiamo prevalente e assoluto il debito che ha la società verso i cittadini di punire i delinquenti; secondario e relativo il debito della società verso il colpevole: e perchè la esperienza ci ha mostrato con quanta facilità da alcuna sorta di colpevoli (specialmente da quelli appartenenti al sesso ipocrita per natura e gran maestro di finzione) si venga a simulare pentimento e correzione, anche nella sola speranza di un alleggerimento del peso della pena. Or che sarà se si pone per regola che la pena *cessi* in ragione della emenda? La penalità non è più nella mano del giudice, nè della legge: essa è nella mano ed arbitrio dello stesso colpevole. Il bambino capriccioso che apprese una volta come col piangere si ammollisce la severità paterna, seguita ogni sua voglia senza più temere il castigo: perchè sa che il castigo si evita col piangere.

Qual è d' altronde la *emenda* che vuolsi raggiungere con la pena? La *soggettiva* o *interiore*, oppure la *oggettiva* o *esteriore?* La emenda soggettiva non può mai dalla società accertarsi: solo Dio può leg-

Digitized by Google

gere nelle latebre dell' animo umano, e scorgervi la leale abiura delle viziose propensità, l' affetto sincero ridestatosi in quello per la virtù. L' uomo, benchè vestito di porpora, sarà il più delle volte ingannato: e più spesso e meglio ingannato dai più scellerati. Sicchè se l' autorità sociale deve procurare anche la emenda *soggettiva* (non del solo colpevole ma di tutti i cittadini) non può per altro sull' affermazione della medesima radicare una decisione qualunque: perchè tale affermazione non può mai essere *positiva* per parte sua, ma unicamente *congetturata* dalla emenda *oggettiva*, ossia da ciò che mostra la condotta *esteriore* dell' uomo. D' altronde può egli seriamente affermarsi che l' autorità sociale abbia neppure il *diritto* di esigere la emenda soggettiva? Io ne dubito. Ed in certi casi tengo come positivo che *non ne abbia il diritto*. Vi sono di quei reati che tengono ad una convinzione dell' animo, ad una fede o religiosa o politica; la quale per quanto si possa deplorare come erronea, non ha niente in sè di vizioso. La emenda *soggettiva* in cotesti fatti non può esigersi senza conculcare la libertà di coscienza o la libertà di opinione. Il partigiano del governo dispotico, e del diritto divino, che si conduce in carcere per manifestazioni contro il governo nostro, non potrà dirsi *soggettivamente* corretto, se non ha rinnegato le sue convinzioni. Lo stesso dicasi del liberale che si ponga in carcere da un governo dispotico per causa di scritti, od atti tendenti a promuovere l' attuazione delle dottrine in suo cuore radicate. Ha essa il diritto la società di esigere questa *emenda?*... Di esigere cioè che il realista divenga liberale per fede di animo, e il

Digitized by Google

liberale realista; come vanta il diritto di esigere che il ladro si persuada che fa male a rubare, e colga in aborrimento il rubare e converta l' animo suo alla più splendida fede del diritto di proprietà? Io non credo che neppure coloro che più si curvano alla idolatria dello Stato, osassero oggi proclamare cotesti diritti; essi che con tanta energia lottarono a demolire la idolatria del diritto regio.

Io lodo nell' autorità sociale il *desiderio* della emenda soggettiva, che come *desiderio* è libero a tutti: ammetto pure che essa *debba* procacciare tale emenda; salva però sempre (come sopra ho detto) la libertà individuale: non le concedo il *diritto* di esigerla. Penso che essa non abbia nè potenza nè diritto di imporre al condannato niente altro più che la emenda *oggettiva*. Esigere cioè che egli faccia proposito di coordinare in avvenire i suoi atti *esteriori* alla legge, e che uniformi a cotesto proposito le proprie azioni. Vale a dire di non più (a modo di esempio) ledere l'altrui proprietà; salvo a conservare nel segreto del suo cuore la più religiosa aderenza alle dottrine di Owen, o di Proudhon, se a lui così piace. Ma la emenda *oggettiva* come può essa manifestarsi dal condannato, finchè è rinchiuso nella sua cella? . . .

(1) Alle ragioni di sospendere la esecuzione di una sentenza capitale naturalmente pertiene la *scoperta della innocenza* del condannato, la quale siasi provvidenzialmente manifestata prima della esecuzione di quel disgraziato. Che per principio assoluto le autorità incaricate della esecuzione debbano in presenza di tale emergente sospenderla di arbitrio loro, anche senza nessuna speciale provvisione di legge, ella

Digitized by Google

è una verità sentita da ognuno nel cuore. Quali siano poi le *forme* da seguirsi in tale emergente ella è cosa da prevedersi negli ordinamenti procedurali. Anche i Romani avevano contemplato questo caso nella *l.* 1, §. *ult. ff. de quaestionibus,* del qual frammento diede eruditissimo commentario lo Schultingio *commentationes Academicae vol.* 1, *dissert.* 5, *pag.* 225, *de eo qui crimen capitale ultro ac falso confessus et condennatus est, comperta postea innocentia liberando, Halae Magdeburgicae* 1770.

(2) Non tutti gli avversarii della pena *perpetua* ragionano la loro ostilità a cotesta pena sul principio della *emenda.* Avvi chi vorrebbe proscritta la pena perpetua per la mera *eccessività* del suo rigore. Su questo proposito mi piace notare un fatto singolarissimo. Quando la Spagna lanciatasi nel 1821 sulle vie del progresso, intendeva a correggere la sua legislazione penale (non barbara quanto quella delle ordinanze di Francia ma tinta pur troppo del colore dei secoli passati) e il nuovo progetto di Codice dettato dalle Cortes circolavasi alle magistrature per consiglio, la Corte della Nuova Castiglia pubblicava (1822) le sue *osservazioni* su tale progetto. La Corte pone questo principio che *la servitù perpetua della pena è* IN REALTA' *un male maggiore della morte.* Quindi propone di abolire le *pene perpetue:* e seguendo cotesta idea, a molti dei più gravi crimini, pei quali il progetto delle Cortes minacciava la galera a vita, propone sostituirsi la *pena di morte!* Questo pensiero: che non è già un volo fantastico di privato scrittore, ma un voto solennemente emesso da un rispettabile collegio di magistrati, non è soltanto notevole per la singolarità delle applicazioni; esso è meritevole di essere meditato da tutti coloro che studiano la questione della pena di morte, come fatto per cui mostrasi ad evidenza che la convinzione della prevalente gravità della reclusione a vita sulla morte non è una opinione dei soli umanitarii, nè dei soli nemici di questa pena. Essa è sentita come una *realtà* anco da coloro che ne sono fautori. Noi dividiamo su questo

Digitized by Google

la opinione della Corte di Castiglia: ma rinneghiamo assolutamente ambo le conseguenze che ne volle dedurre.

(3) Su questo proposito è a vedersi la dotta polemica inserita nella *Escuela del derecho, tomo* 2, *pag.* 241 *y sig.* Io non credo vera la formula proclamata da illustri giureconsulti contemporanei i quali affermano che dopo la istituzione del sistema penitenziario la pena ha *cangiato natura,* ha *mutato* fine. Io aborro il vecchio metodo della detenzione promiscua, lodo il sistema penitenziario, le società di patrocinio dei liberati, e quanto altro la moderna civiltà viene dettando pel salutare scopo di richiamare i caduti dal sentiero della colpa. A me pure gode l'animo nel vedere che la società (mentre niente opera a pro degli infelici colpiti da calamità immeritate) ponga ogni studio ad istruire, educare e proteggere gli infelici che sono rimasti vittima di un fatale pervertimento del cuore. Me ne gode l'animo, perchè ne traggo speranza che questo sia avviamento nel progresso ulteriore a diffondere sempre più la carità cittadina, ed a fare verso gli onesti per virtù dell' amore, ciò che viene a praticarsi a riguardo dei corrotti, per cagione di timore. Ma in tutto questo svolgimento umanitario, benefico e santo, io non veggo come possa modificarsi la natura della pena, o cambiare il suo fine. Egli è questo l' ordine solito della industria umana, che si sfrutti a diverso fine una cosa che fu ad altro fine costituita: ma il novello servigio non denatura cotesta cosa, nè fa cessare il primitivo suo scopo. La pena sta immota sui cardini che le diede la legge eterna dell' ordine. Sanzione necessaria della legge naturale, essa è e sarà, perchè abbisogna che sia; perchè senza di lei non sarebbe possibile un ordine nel mondo morale. Sta bene che lo stato sfrutti ad altri scopi il tempo della punizione per migliorare il colpevole. Ma la pena rimane qual' è nella sua natura. Essa deve avere una forza fisica oggettiva che affligga il colpevole: e non può mai convertirsi in una opera di paterna beneficenza. Essa conserva il primitivo suo fine, e deve avere una forza morale oggettiva che ricomponga la pubblica tranquil-

Digitized by Google

lità turbata dal delitto, confortando nei buoni la opinione della propria sicurezza. E questa natura e questo fine sono inalterabili, perchè essenziali alla indole umana, essenziali al magistero penale. Da tutte queste novelle istituzioni altra modificazione non può trarre il giure penale fuorchè quella tutta esteriore di minorare la durata dei gastighi in ragione della maggiore durezza della cella solitaria: ma ciò ben lungi dal denaturare la pena, altro non è che lo svolgimento del principio fondamentale impostole dalla giustizia, che la cresciuta intensità della pena debba minorarne la durata, e viceversa. Nel rimanente essa deve restare qual' è, e bisogna che resti tale, se vuolsi continui ad essere strumento di pubblica sicurezza. La *pena* ha nella sua natura e nel suo fine primitivo come condizione *accessoria* la emenda del condannato, in quanto è *pena* che lo affligge; e affliggendo lo costringe per la via del timore alla emenda *oggettiva*, e lo avvia per la riflessione alla emenda *soggettiva*: ma questa è condizione *accessoria*. La società in quanto amministra, oltre il magistero penale, anche l' alta direzione morale dei consociati, profitta ulteriormente della pena per agire sui condannati: e fa benissimo. Ma ciò non può alterare la natura ed il fine *primario* della pena. L' uomo si approfitta del sole per rasciugare le sue lingi, della luce per dipingere, del vento per solcare i mari, delle acque come forza motrice. Ma non può per questo affermarsi che il sole, la luce, l' acqua, i venti abbiano cambiato natura, o diviato dal fine pel quale la mente divina li volle come strumento di ordine nel mondo fisico.

§. 1027.

Ciò mi conduce a non ammettere per modo alcuno la teoria della *cessazione* della pena per cagione della emenda che *credasi* ottenuta: e mi conduce altresì a non ammettere il sistema della *liberazione*

Digitized by Google

provvisoria per cagione della emenda che si *spera* ottenere.

Liberazione provvisoria, come mezzo di sospendere la *esecuzione* della sentenza, si intende oggidì sciogliere il condannato dal carcere o dalla reclusione, dopochè ne ha espiato una parte, ponendolo in libertà a *condizione* che qualora conducasi male ei debba essere ridotto ad espiare il restante della sua pena, salvo aggiungervi le nuove che egli abbia incorso. Ora questo metodo può essere speranzoso a procurare la emenda *oggettiva* del condannato; perchè appunto si rende a lui *certa* la pena (consistente nel complemento della inflitta condanna) per qualsiasi cagione che egli offra di temere di sè: ma è dannoso alla tutela giuridica, perchè rende *incerta* la pena del *primo* delitto. Io concordo la utilità di siffatto sistema sotto un aspetto: ma persevero a tenerlo pericoloso sotto altro aspetto. Esso può giovare ad impedire le *ricadute,* ma rende più facili le *cadute.* L' odierno calore d' impedire le *recidive* è figlio di uno spavento che si è destato *oggi* nei dotti perchè le statistiche ne hanno presentato loro il numero in *cifre rotonde:* e non avvertono che in tutti i secoli vi sono stati (e pur troppo vi saranno) i delinquenti abitudinarii. È lo zelo di ovviare alle recidive che porta a vagheggiare nuove idee. Un tempo si credette porvi argine con esacerbare la penalità del secondo delitto fino alla crudeltà. Oggi che la fede nel terrore, la Dio mercè, impallidisce, si vuole ovviare alle recidive non più con la esacerbazione della seconda pena, ma con lo alleviamento della prima pena. E per correre dietro ad una utilità problematica si manomette la giu-

Digitized by Google

stizia, e si dà un fomite a tutti coloro che sono per la prima volta allettati a delinquere, per la certezza che offre loro la legge di ridurre ai due terzi od alla metà quella pena che aveva loro minacciato la legge medesima.

Ma almeno questo diritto di grazia che si concede ad una direzione di carceri, vuolsi esso fondare sopra *fatti positivi?* Non già. Una mera *apparenza,* una mansuetudine affettata pel fine di consumare ulteriori vendette, scioglie i lacci che trattenevano l'assassino, e lo lancia *per esperimento* a correre ove la passione lo spinge: salvo poi a riprenderlo (se riesce) dopo che ha messo in costernazione le famiglie dei suoi denunciatori, dei testimonj, e via discorrendo. Un'apparenza, una speranza disarma la giustizia.

Come *fatto positivo* la emenda non può *affermarsi mai.* Non la emenda *soggettiva,* perchè è l'arcano del cuore: non la emenda *oggettiva,* perchè manca il criterio di sperimentarla nell'uomo chiuso in una cella. Tanto è ciò vero, che comunemente si usa la espressione, delinquente che *si mostra* emendato; non già, *che è* emendato. Così un' *apparenza* revoca un decreto solenne dell' autorità giudiciale.

Ma almeno questa *apparenza* si fonda essa sopra un giudizio solenne, pubblico, che valga a far quieti gli animi dei cittadini; e che non affralisca il rispetto dovuto alla autorità magistrale? Niente di questo: e male si potrebbe davvero procedere con forme di esatta giustizia ad una liberazione che dassi a chi *si è mostrato* corretto. La liberazione decretata da un collegio di amministrazione carceraria (che per quanto rispettabile è pur sempre inferiore alla

Digitized by Google

magistratura giudicante) è una *deroga* all' autorità magistrale; che nell' animo mio si presenta come una incoerenza gerarchica, e come un indebolimento dell' autorità punitiva. Un irenarca, un delegato, un proposto di prigioni divengono gli arbitri della esecuzione delle pene. Lo saranno pur troppo anche oggidì; per la necessità che le autorità locali abbiano sempre un impero nella esecuzione di ciò che loro si affida: e da ciò ne avverrà che non tutti i detenuti stiano male ugualmente nelle prigioni, e ve ne siano di più o meno fortunati secondo le simpatie dei carcerieri. Ma ciò si asconde entro le pareti delle prigioni, nè il pubblico è testimone della *intensità* maggiore o minore dei castighi come lo è della loro *durata*. Laonde se vi è nel popolo quella fede nei magistrati che è gagliardo sostegno dell' ordine, saravvi altrettanto sospetto avverso le liberazioni ordinate contro il giudizio dei magistrati. Dice Mittermaier *(stato attuale delle questioni sulle carceri cap. 11 in fin.)* che ogni giudice quando sappia che un reo condannato da lui a due anni di prigionia è stato scarcerato dopo un anno perchè si è mostrato corretto, dovrà nell' animo proprio esultarne, perchè dirà a sè stesso che se avesse preveduto la di lui emenda lo avrebbe egli stesso condannato a pena minore. L' illustre professore di Eidelberga, principe dei criminalisti europei, dice benissimo in un senso. Il giudice ne godrà *come uomo*. Ma agli occhi del pubblico la reverenza alla *magistratura* ne soffre. Il colpevole esce di carcere *a dispetto* del suo giudice e gli ride in faccia; e il pubblico vede con timore che i decreti della magistratura (nella quale riposa il cuore come il pal-

Digitized by Google

ladio della sua sicurezza) sono *revocati* da una amministrazione che agisce in segreto, e nella quale egli sospetta a ragione le sinistre influenze della scriniocrazia. Nè meno ne colgono audacia i perversi. È un fatto che col *mostrarsi pentiti* si elude la pena, e si schernisce il giudicato: ed è un fatto che in tal guisa si capovolge l'ordine delle gerarchie; ed il rispetto al desiderio della *emenda* volge a pregiudizio della penalità, ed è causa di pubblica trepidazione. In sostanza tanto vale che dicasi a chi è tentato al delitto, vi minaccio cinque anni di pena, tanto vale gli si dica ve ne minaccio dieci, ma con facoltà in voi di ridurli a cinque se vi piaccia. Il sistema della liberazione provvisoria non può dunque sostenersi neppure in faccia al criterio della *utilità;* perchè, — 1.° diminuisce la *sicurezza* — 2.° diminuisce la *opinione della sicurezza* — 3.° apre l'adito ad un *arbitrario* pericoloso — 4.° affievolisce l'*autorità della magistratura.* Ma noi che nella *utilità* non possiamo riconoscere il fondamento della ragione di punire, abbiamo, oltre coteste considerazioni, ostacoli più gravi e più severi che ci costringono a non ammettere siffatta elasticità di repressione. La pena è la necessaria sanzione del precetto violato, sanzione prescritta e voluta dalla suprema legge dell'ordine morale, precedente e causa delle società civili, e sovrastante a tutte le leggi umane. Quella porzione di pena alla quale si esime provvisoriamente il condannato, per poi di nuovo irrogargliela se male si conduce, rimane senza la sua ragione di essere. Può dimandarsi se questa pena condizionale si irroga pel primo delitto o per le posteriori irregolarità. Se dessa era giustamente dovuta alla prima infrazione, fu

Digitized by Google

contro la giustizia il toglierla a colui che ne era stato dichiarato coi legittimi modi e dalla legittima autorità meritevole: se si irroga per le posteriori irregolarità, è ingiusto che lievi mancanze arrechino un castigo che può essere talvolta di parecchi anni di casa di forza. Che se ad evitare cotesto dilemma si ordinasse il metodo della *pena condizionale* per guisa che il liberato non dovesse incorrerla, tranne per un vero delitto posteriormente commesso da lui, e regolarmente verificato e giudicato; scorgesi facilmente che ridotto il metodo a cotesti termini (nei quali soltanto potrà farsi cessare ogni sospetto di parzialità) ei non sarebbe altro che una *forma speciale* di punire la *recidiva*. L' aumento di pena pel recidivo sarebbe allora stabilito dalla legge, e decretato dal giudice, in una misura determinata alla occasione del primo giudizio. Il magistrato avrebbe detto — abbia costui (per esempio) tre anni di casa di forza immediatamente; e più, se ricada in un nuovo delitto, abbia oltre la nuova pena un altro anno di casa di forza. Lo che sarebbe, ripeto, una nuova *forma* data alla repressione della recidivanza; e niente di più. Sarebbe l' attuazione del sistema che la pena della recidiva si misuri dal *primo*, e non dal *secondo malefizio*. Ma tacendo ciò che potrebbe obiettarsi alla liberazione provvisoria quando sotto cotesta forma si presentasse, certo è che il metodo oggi propugnato dai correzionalisti non procede su cotesta linea. Al modo con cui essi la intendono, il residuo della pena da cui hanno liberato il condannato per la speranza della sua emenda, evidentemente lo irrogano pel *primo delitto;* poichè a ciò bastano meri sospetti. Dunque si ritiene che

Digitized by Google

il *primo delitto* esigesse cotesta repressione: dunque fu contradittorio il non applicarla. Fu un tentativo empirico che tolse al precetto una parte della dovuta sanzione: fu contro la giustizia. In una parola il sistema non può difendersi senza negare che la pena deve esser *certa;* e proclamarla invece *redimibile* a piacimento del condannato.

CAPITOLO ULTIMO

Limiti esterni *del giure penale.*

§. 1028.

I *limiti* del giure penale in ordine ai tre diversi fatti che ne formano l'oggetto, sonosi svolti fin qui sotto il mero rapporto *interno.* La principale ricerca del giure penale filosofico, nella sua parte generale, stringesi in questo campo: trovato il fondamento della potestà punitrice, determinare quali siano i confini che la ragione giuridica impone all'autorità sociale, sì nel *vietare,* sì nel *minacciare la pena,* sì nel *giudicare,* ossia nell' attuare la minaccia. E questi limiti si dicono *interni;* perchè, o si desumano dai dettati di assoluta giustizia o dalla ragione politica, essi discendono sempre come necessarie deduzioni logiche dalla *ragione di essere* del giure penale. Laonde non dipendono da condizioni estrinseche, nè da circostanze di persona o di luogo sempre che quelle o queste non modifichino la indole giuridica del fatto, ossia il suo rapporto col diritto respettivamente offeso e protetto.

Digitized by Google

§. 1029.

A corona delle nostre speculazioni rimane ad esaminare se il giure penale abbia o no dei limiti *esterni*, e quali essi siano. Cotesta teorica fu da molti pretermessa, e da altri anteposta alla esposizione del corso; lasciando i primi una lamentabile lacuna, e seguendo i secondi un ordine (a mio avviso) prepostero; perchè non bene si possono definire i limiti *esterni* del giure penale, e neppure se ne può comprendere tutta la importanza, finchè non si sono completamente definiti e compresi i suoi interni confini.

§. 1030.

Può essa l'autorità punitrice, mentre trova in un fatto le condizioni che legittimerebbero lo esercizio della sua potestà (astrattamente guardata come tutela del diritto) incontrare, malgrado ciò un ostacolo che arresti le sue investigazioni, e che la disarmi?

§. 1031.

Tale ostacolo non solo si configura nel *tempo;* avvegnachè la non retroattività della legge penale, tenga alla *nozione del delitto* (§. 25): ma più specialmente si configura nel *luogo* del commesso delitto, ove questo siasi eseguito fuori del territorio sottoposto alla giurisdizione dell'autorità sociale che vorrebbe punirlo. Eccoci all'arduo e controverso pro-

Digitized by Google

blema della *territorialità*, o *personalità* del giure penale (1).

(1) Vedasi l' articolo del prof. Bertauld inserito nella *Revue critique vol.* 29, *pag.* 24, e la stessa *Revue critique vol.* 20, *pag.* 554; *vol.* 21, *pag.* 457.

§. 1032.

Che la legge penale sia legge primitivamente *territoriale*, ella è cosa fuori di dubbio. Dissimile dalla legge militare, dalla legge ecclesiastica, o da altre tali che legano soltanto gli uomini ascritti ad un determinato consorzio; la legge penale proteggendo l'ordine nello Stato impera a tutti i fatti che nello Stato si compiono a danno di quell'ordine; senza curare se da suddito, o contro suddito; o piuttosto da straniero, o contro straniero siano commessi (1).

(1) Cephalo *lib.* 5, *cons.* 720. Sulla questione della competenza di uno stato sui delitti commessi all' estero possono vedersi fra i pratici Rolando a Valle *lib.* 2, *cons.* 19 — Mevio *decisiones pars* 5, *decis.* 299 — Catalano *pag.* 316, *n.* 49 — Colero *decis.* 239 *et* 295.

§. 1033.

Alcuni a spiegare l'impero della legge sui forestieri che sono nel territorio (1) ricorsero alla idea che il forestiero venendo nel nostro paese si assoggetta *tacitamente* alle leggi del medesimo. Questa spiegazione è viziosa, perchè presuppone che la forza obbligatoria della legge non possa nascere che da un

Digitized by Google

patto o espresso o tacito. La ragione vera è quella detta testè.

(1) Per *territorio* di uno Stato si intende tanto il territorio *reale*, quanto il territorio *fittizio*. Ed è tale 1.° il così detto *mare territoriale* — 2.° la *nave* sotto bandiera nazionale — 3.° i luoghi all' estero dove sventola la *bandiera* nazionale, perchè occupati dall' esercito della nazione. La questione che nasce sul proposito della *territorialità* della legge penale non cade sulle *persone* che delinquono entro il territorio; le quali tutte indistintamente sono soggette alla legge punitiva. Cade bensì sul punto di definire cosa si intende per *territorio* a cotesto effetto. E il dubbio sorge in proposito dei bastimenti. Cercasi cioè: 1.° se i bastimenti nazionali, o da guerra o mercantili, mentre veleggiano in *alto mare*, si considerino come prosecuzione del territorio della nazione — 2.° se si considerino come tali mentre sono in *porti* stranieri — 3.° se si considerino come prosecuzione di territorio i *porti* e *golfi*, e littorali della nazione, rispetto alle navi straniere ivi ancorate, e ai delitti che vi si commettono. L' ultimo pronunciato della dottrina su tali questioni è benissimo riassunto nel progetto del codice Portoghese elaborato con sommo studio dalla commissione presieduta dal Commendatore Consigliere Levi-Maria Jordao, titolo preliminare, capitolo I, sezione 2, articolo 2.

§. 1034.

Del resto, o per uno o per altro motivo, che la *territorialità* sia *causa efficiente* del gius di punire non si nega da alcuno. Ciò che porge argomento di disputa è la *territorialità* come *limite* del gius di punire; in quanto pretendasi che la legge proibitiva e punitiva di certi fatti, non possa colpirli se com-

Digitized by Google

messi in estero territorio. È qui la divergenza delle opinioni e dei precetti legislativi.

§. 1035.

Nei tempi primitivi lo stato di antagonismo, e quasi di guerra, in cui vivevano le nazioni fra loro, dovette far prevalere il sistema della *territorialità* come limite insuperabile del giure penale. E se le storie di quei tempi ricordano qualche esempio di eccezione, lo ricordano piuttosto come concessione ottenuta dal timore o dalla benevolenza dell' autorità presso la quale erasi rifuggito il colpevole, di quello che come obbedienza ad una regola costante di diritto. Nè mancò eziandio fra gli scrittori chi strettamente opinasse applicabili al giure penale i termini di vero *statuto reale* (1); e non poter mai per conseguenza il codice penale prender di mira fatti avvenuti fuori dello Stato, neppure se commessi da cittadini, o a danno di cittadini: vedasi Kluber *droit de gens* §. *61*, *Paris 1861*. Per costoro la *territorialità* è condizione *sine qua non* indispensabile allo impero della legge penale. Tale dottrina prevale in Inghilterra e negli Stati Uniti.

(1) Il richiamo a questo luogo della distinzione fra statuto *reale* e statuto *personale* non fece che intralciare il problema, complicandolo con parole ed idee le quali attengono a tempi e materie diverse, e sono inapplicabili alle leggi punitive. Queste hanno propriamente un modo di essere tutto diverso sì dagli statuti personali come dagli statuti reali. Quando in una disputa s' introduce una distinzione che non vi ha che fare, ambedue i discettanti procedono per via di eliminazione:

Digitized by Google

e dimostrato che un termine non è applicabile, credono aver dimostrato (ciascuno alla sua volta) la ricorrenza del termine opposto. Ma ciò conduce a false argomentazioni: vedasi Trébutien *Cours élémentaire de droit criminel tom.* 2, *pag.* 127, *Paris* 1854. È tanto diafana la distinzione fra statuti reali e personali (e perciò di così poca autorità scientifica, per non dire di danno) che gli scrittori non si trovano mai d'accordo nel dare a certe leggi l'uno o l'altro carattere. Così la legge che riguarda la quota disponibile parve a Coin Delisle uno statuto personale, e tale lo sostenne recisamente, mentre Demolombe e Marcadé propugnarono che fosse statuto reale; muovendo quello dalla considerazione che con tale provvedimento miravasi a tutelare la persona dei figli; e muovendo invece i secondi dalla considerazione che se ne vincolavano i beni situati nel territorio. Nè meno fluttuante rimane la nozione degli statuti *misti* dei quali fuvvi persino chi (come il Massé) negò la esistenza.

§. 1036.

Ma la cresciuta civiltà affratellando le nazioni, e facendo loro sentire che meglio a tutte tornava conto aiutarsi reciprocamente anzichè malignamente osteggiarsi, venne introducendo più larghi principii: e la *estraterritorialità* del giure penale giunse poco a poco a costituirsi in dottrina, ed ebbe caldi sostenitori.

§. 1037.

Se non che costoro adoperando la formula inesatta della *personalità* come sinonimo della *estraterritorialità* del giure penale, vennero esprimendo concetti confusi, e spesso discordi nella sostanza; quantunque sembrassero propugnatori della istessa

Digitized by Google

dottrina. Il principio che tutti costoro ebbero a comune fu unicamente quello di ammettere *per certe condizioni* la potenza del giure penale fuori del territorio: ma poi nel definire coteste condizioni divagarono per diversi e spesso opposti sentieri. Dal che ne avviene che senza un riordinamento, non può venirsi a capo di niente in questa dottrina; non solo a fine di risolvere il problema, ma neppure a fine di classare le opinioni, e ben distinguere le concordi dalle discordi. E poichè sono per chiudere questa parte del *Programma*, mi piace trattenermi su tale argomento un poco più in largo che non si addirebbe al concetto del presente lavoro.

§. 1038.

Io mi valgo pertanto della formula *estraterritorialità*, come quella che vale a comprendere in sè tutte le varie affermazioni che sonosi in senso estraterritoriale sostenute. E quindi analizzando le difformi opinioni secondo il diverso criterio che si assunse dagli scrittori come ragione di spingere l'occhio dell'autorità punitrice oltre i confini dello Stato, io tenterò di classarle.

§. 1039.

Ma prima bisogna avvertire che la questione non nasce quando la serie dei momenti fisici che costituiscono il delitto è stata in parte eseguita in un regno, e in parte su territorio estero (1).

(1) Questa ipotesi sviluppa un caso *misto*, e può sulla medesima vedersi Bonfils *de la competence pag.* 320. Ma

Digitized by Google

voglio notare che dove non fosse applicabile la giurisdizione nostra sul fatto principale consumato all' estero sarebbe empirico pretendere che tale giurisdizione nasca dal *cominciamento del fatto tra noi*, a meno che (notisi bene) tale cominciamento non presenti già in sè i caratteri di un' azione criminosa per sè stessa punibile come tentativo. Diversa pure è la questione che sorge intorno ai reati commessi sulla linea di confine fra stato e stato, intorno alla quale ipotesi dissertò Wenher *de foro delicti in confinio civitatum commissi, Vitebergae* 1793. Parimente affatto diversa dalla questione presente è quella relativa ai delitti commessi sui bastimenti mercantili, la quale ha implicito il preambulo problema relativo a determinare se i medesimi possano considerarsi come prosecuzione del territorio al quale appartiene la loro bandiera, e quando ciò; e se essi soggiacciano o no alla giurisdizione del porto dove sono ancorati. Può vedersi un cenno di tali questioni in Bonfils *de la compétence pag.* 292, *Paris* 1865, e Hautefeuille *législation criminelle maritime, Paris* 1839. Ma ripeto che tali questioni niente hanno di comune col problema principale della estraterritorialità, se non in quanto una od altra soluzione data a questo principale problema possa eliminare la occasione di siffatte questioni.

§. 1040.

Del pari qui non trattasi di cercare se una nazione possa invadere il territorio alieno per amministrarvi giustizia punitiva, e colà raggiungere il colpevole e punirlo. Ciò non si tollera; e sarebbe una violazione del gius delle genti. Perlochè io dissi stendere l'*occhio;* e non dissi stendere *la mano.* Avvegnachè trattisi soltanto di sapere se l' autore di un delitto commesso *all' estero* possa, quando spontaneo (1) si conduca tra noi, dalle autorità nostre legittimamente

Digitized by Google

arrestarsi, giudicarsi, e punirsi per quel delitto. Sono questi i puri termini del problema. Che lo si possa *in genere*, ossia in *certi casi*, lo insegnano molti: ma dire *quando* lo si possa, dipende dall'accettare una od altra delle varie formule che vado ad esporre: e sono

1.° Estraterritorialità per ragione di *difesa pubblica*, o di *conservazione*.

2.° Estraterritorialità per ragione di *personalità attiva*.

3.° Estraterritorialità per ragione di *personalità passiva*.

4.° Estraterritorialità per ragione di *eccitamento privato*.

5.° Estraterritorialità per ragione di *reciprocità*.

6.° Estraterritorialità *assoluta*.

(1) Al trasferimento *spontaneo* del delinquente non equivale la *estradizione coatta* che si faccia in forza di appositi trattati fra nazione e nazione, la quale è argomento di teoriche al tutto distinte e pertinenti al diritto internazionale. Altra è la giurisdizione che può nascere in forza di un trattato e della estradizione che ne è conseguita: altra è la giurisdizione che nasce dal fatto del trasferimento fra noi del delinquente all'estero, e dal fatto del suo consecutivo arresto fra noi. Questa giurisdizione non può nascere se il trasferimento non è spontaneo, laonde se un delinquente all'estero sia stato coattivamente consegnato a noi in esecuzione di un trattato di estradizione per un delitto previsto nel trattato medesimo, non può giudicarsi da noi per un altro delitto pel quale non fu fatta la consegna o che non contemplavasi nel trattato; quantunque per questo ulteriore delitto avessero avuto i nostri tribunali competenza a condannarlo, qualora egli si fosse *spontanea-*

Digitized by Google

mente recato nel nostro territorio. Questo è pacifico: Morin *art.* 8448, *et art.* 8450. E fu massima già discussa da Baldo *cons.* 209, *vol.* 2, *Venetiis* 1575, e sostenuta da Rolando a Valle *cons.* 60, *lib.* 2. Negli antichi maestri trovasi tutto. Nè qui vale la durissima regola *male captus sed bene detentus,* perchè qui non si tratta di validità di *arresto,* ma si tratta di *giurisdizione;* la quale non può nascere se non dal fatto dello stesso colpevole del suo spontaneo trasferimento fra noi. Lo arresto varrà a radicare questa giurisdizione e a procacciarne lo svolgimento: ma il suo unico fonte è la dimora. Quale sia lo influsso del consenso del giudicabile quando aderisca ad essere consegnato a noi per un delitto non compreso nel trattato di estradizione si discute in Morin *art.* 8716, oltre allo art. 8396 che cito alla nota al §. 1062.

§. 1041.

1.ª — Estraterritorialità per *ragione di difesa pubblica.*

Fu il Vattel *(Droit des gens, liv. 1, chap. 19,* §. 233, *Paris 1863)* l'antesignano della dottrina che autorizza la inquisizione di fatti estraterritoriali, quando cotesti siano di tale natura da porre a pericolo la sicurezza *pubblica* della nazione. Questa dottrina, distinguendo fra *delitto* e *delitto,* ammette che da noi si puniscano, benchè commessi all'estero, le cospirazioni o altri attacchi contro il governo, la falsa moneta, ed altri simili che muovono guerra alla *vita politica* o alla vita economica dello Stato. Per costoro il diritto di punire i fatti commessi fuori dello Stato non vi sarebbe, ma bisogna costituirlo per la necessità della pubblica difesa e per la presunzione che il Governo del luogo dove tali fatti si

Digitized by Google

commisero possa non avere interesse a punirli o averlo contrario. Vedasi Ortolan *éléments de droit pénal* §. 888, 900, *Paris 1863*. A questo pensiero s' inspirò il codice Francese di istruzione criminale (art. 5 e 6) (1) limitandolo però nell' applicazione forse più di quello non fosse il concetto di Vattel. Infatti ammette potersi punire in Francia il delitto commesso *all' estero* anche dal *forestiero*, soltanto quando si tratta di attentato contro lo Stato, o di falsa moneta. Analoghe disposizioni leggiamo nel codice Sardo art. 7, e nel codice Toscano art. 5, §. 1.

(1) Le disposizioni di questi articoli sono state modificate in Francia con la legge del 1866, sulla quale è a vedersi lo scritto pubblicato a Parigi in detto anno sotto il titolo, *Rapport sur le projet de loi relatif aux crimes et délits commis en pays étranger, lu au sénat le 22. juin 1866 par M. le Président* Bonjean *Sénateur, Paris* 1866: nel quale scritto, benchè sia corso un qualche equivoco di fatto in ordine alla legislazione penale vigente nel Regno d' Italia, si trovano ottime osservazioni filosofiche e ragguagli importanti sullo stato attuale della dottrina relativa al presente argomento.

§. 1042.

I seguaci della territorialità *pura* del giure penale, persistono a dire che in questo caso non si irroga una *pena* per *giustizia*, ma si fa un atto di mera *politica*. E veramente mera ragione *politica* è quella che ne addusse l'Hertio (*Commentat. vol. 1, dissert. de collisione legum sect. 4, §. 19. Francofurti ad Moenum 1737*) ripetuta poscia dal Feuerbach; osservando che se alcuno all' estero

Digitized by Google

commetta omicidio o furto, sarà punito dall'autorità di quello Stato; ma se cospira contro il nostro governo, il governo estero non ha interesse a punirlo. Quindi necessità che si punisca da noi.

§. 1043.

2.ª — Estraterritorialità in ragione della *personalità attiva.*

Molti di coloro che sostennero la *personalità* della legge penale, presero a considerare la *persona agente* nel delitto (1) e fondarono la efficacia estraterritoriale del giure punitivo sulla sua qualità di *statuto personale.*

(1) Voet *de statutis eorumque concursu, Bruxellis* 1715 — Boehmer *de delictis extra territorium admissis, Gottingae* 1748 — Claro *quaest.* 39, *n.* 44. Jousse *(traité de la loi criminelle tom.* 1, *pag.* 424, *Paris* 1771) e Rousseaud de la Combe *(traité de matieres criminelles part.* 2, *chap.* 1, *n.* 34, *Paris* 1769) dicono che tale era l'antica pratica di Francia. Si attuò questa massima nel codice del brumajo anno IV, e si tentò riprodurla nel 1842, 1845, 1849, 1852: Bertauld *cours de code pénal pag.* 121, *et* 128, *Paris* 1859 — Helie *instruction. vol.* 2, *pag.* 564, *et* 574.

§. 1044.

Che tale sia il concetto di questa scuola è intuitivo ove se ne considerino gli argomenti. Il suddito (dicono) è sempre legato dalla legge del suo paese. Ovunque egli vada, il *precetto* lo lega. La legge a cui soggiace gli ha detto, *tu non ruberai.* Egli viola

Digitized by Google

il precetto e offende la legge cui deve obbedienza, in qualsivoglia luogo commetta un furto. Reduce in patria, la legge ha diritto di chiedergli conto del violato precetto.

§. 1045.

Coloro che partono dalla idea del *contratto,* la ragionano con parole diverse. Dicono violato il *patto,* anzichè violato il *precetto.* Ma la sostanza dell'argomento è la stessa: sempre si prende a base un vincolo tra *lo agente* e la *legge* dello stato. E qualunque sia la base della formula, il suo risultato è quello che il cittadino tornato in patria può essere chiamato a render conto di tutti i delitti che all'estero abbia commessi, sia contro un estero, sia contro un connazionale.

§. 1046.

Così la ragionano fra i moderni Tittman, e Jenull; i quali si combattono da Abegg, Wens, Cosman (1) ed altri. Le obiezioni di questi si stringono nello invocare la regola — *nullum delictum sine lege.* Il fatto (dicono essi) avvenne *in luogo dove la legge non aveva impero:* dunque col punirlo voi figurate un delitto senza legge violata.

(1) L'Henke nel suo *manuale di diritto criminale (t.* 1, §. 90, *Berlino* 1823) limita questa teoria solo al caso di uno che siasi assentato dalla patria per andare a commettere un delitto, e poi sia tornato. Ma, salvo il rispetto a tanto nome, parmi che ammessa la punibilità in questo caso,

Digitized by Google

manchi la ragione *giuridica* di negarla negli altri. O vi è impero della legge, o non vi è. Nel caso figurato dall'Henke è vero che il progetto criminoso sarebbe formato qua, ma la legge si viola con lo eseguire il delitto, non col progettarlo: e se vi è *competenza* per il *fatto*, essa vi è sempre: se si desume dal *pensiero*, si punisce il *pensiero*.

§ 1047.

3.ª — Estraterritorialità per ragione della *personalità passiva;* ossia della persona a danno della quale fu consumato il delitto: in una parola, del paziente (1). Molti sostengono quella che essi dicono *personalità* della legge penale, in un senso tutto diverso; applicando cioè questa formula al *paziente* del delitto.

(1) Rettifico una inesattezza caduta a questo luogo nella prima edizione. Il *paziente* di un delitto non è in modo assoluto, e costantemente, l'identico che il suo *soggetto passivo*. Può in alcuni delitti identificarsi l'uno con l'altro. Così nell'omicidio o nella lesione personale, il ferito o l'ucciso sono ad un tempo *soggetto passivo* e *paziente* del malefizio. Ma tali accidentalità non portano ad identificarli in un modo assoluto, ed a confondere la nozione dell'uno con la nozione dell'altro. Il *soggetto passivo* è uno degli elementi che concorrono a costituire la *materialità* del delitto. È quel *corpo* sul quale il colpevole consuma l'azione criminosa. Il *soggetto passivo* può anche in certi delitti identificarsi col soggetto attivo primario, come nei reati che il colpevole consuma in sè stesso: per esempio, la mutilazione del soldato operata di propria mano. Ma non sempre il *soggetto passivo* è il *paziente* del reato; perchè non sempre il *diritto*, la cui violazione costituisce l'ente giuridico del reato, risiede nel suo *soggetto*

Digitized by Google

passivo. Questo deve per necessità essere *presente* all'azione: poichè se esso ne completa il *soggetto* deve *materialmente* intervenirvi. Il *paziente* del delitto è la persona (o persone) o fisica o giuridica, nella quale risiede il diritto che dal malefizio si viola. Questo può rappresentarsi anche da tutti i consociati, quando trattasi di violazione di diritto universale. Può essere assente e lontana le cento miglia dal luogo dove il misfatto si consuma; ed esserne anche ignara. Così nello incendio la casa abbruciata è il *soggetto passivo* del reato: ma il *paziente* è il proprietario benchè lontano, se trattasi di casa *altrui;* sono tutti i cittadini posti a pericolo dal fatto, se trattasi di casa *propria*. Nella diffamazione sono soggetto passivo del reato le persone che ascoltano o leggono la parola infamante: il *paziente* è il diffamato. Se invece trattasi di contumelia, lo ingiuriato è anche *soggetto passivo* insieme con gli altri che ascoltano. Nella presente ricerca la formula *personalità passiva* non indica per conseguenza il *soggetto passivo*, ma il *paziente* di un delitto. Se s' incendia in Francia un edificio che io là posseggo, il *soggetto passivo* dello incendio è cosa Francese, ma il paziente sono io Italiano. Se qua si deruba la casa che vi possiede un Francese, il soggetto passivo del furto è Italiano, ma il paziente è Francese. Ora si noti che in questo caso non si dubita della competenza Italiana sebbene il paziente sia Francese, perchè quantunque la cosa in ragione del diritto privato spetti ad un Francese, in ragione del diritto politico è Italiana perchè nel nostro territorio. La formula della personalità passiva del delitto vuol essere dunque intesa nel senso di persona che soffre la offesa; di persona il cui diritto è violato; benchè essa non intervenga come *soggetto passivo* nei momenti dell' azione delittuosa, per la natura stessa del malefizio che non lo esige.

§. 1048.

Ciò pure è evidente dallo esame dei loro argomenti. Questi non più guardano la persona *vinco-*

Digitized by Google

lata dal precetto, ma la persona *protetta* dal medesimo; considerando nel giure penale la protezione dei consociati. Dovunque si conducano coloro alla cui difesa è volta la legge, essi devono trovarsi sotto la tutela del suo magistero, in faccia a chiunque: Haus *cours de droit criminel vol. 1, n. 94* — Ortolan *n. 897, 908.* Secondo la dottrina di quest' ultimo il forestiero che offese all' estero un nostro cittadino non dee tollerarsi che venga tra noi ad insultare l' offeso con lo spettacolo della sua impunità. Si è in diritto di punirlo qua se si introduce nel nostro territorio.

§. 1049.

Questa idea della *protezione* del suddito si combinò con la prima formula dall' art. 6 e 7 della procedura penale Napoletana: e si combinò con ambedue le precedenti formule nell' art. 4 e 5 del codice Toscano, ad imitazione del Badese (§. 4, 5, 6). Ma il codice Toscano dispone che se un toscano delinque all' estero *contro un toscano* debba essere punito con le pene ordinarie: e se invece il delitto è commesso all' estero da un toscano *contro un forestiero,* oppure da un *forestiero* contro un toscano, si debba infliggere *pena più mite.* Questa distinzione di pena fu censurata dall' egregio prof. Lodovico Bosellini. La giurisdizione a conoscere dei delitti commessi all' estero *contro i nostri nazionali* si sostiene in senso assoluto sulla scorta del Coccejo e del Rocco dal prof. Casanova, *diritto internazionale lez. 33 (1.ª ediz.)* E come *unica* causa possibile di giurisdizione punitiva

Digitized by Google

sui fatti avvenuti all' estero, si propugnò acremente dal Siegenbeek *(Diss. de puniendis factis lege civitatis poenali vetitis, sed extra territorium ejus commissis, Lugduni Batavorum 1828)* al quale sembra un' aberrazione punire i reati consumati fuori del territorio, quando non abbiano recato offesa ai membri della nazione che pretende conoscerne.

§. 1050.

4.ª — Estraterritorialità per ragione di *eccitamento dell' offeso* (1).

Ognuno può perseguitare il suo debitore ovunque lo trova: *ubi te invenio, ibi te convenio.* Se ciò si può per un debito civile, molto più deve potersi per un delitto. Laonde quando l' offeso e l' offensore s' incontrino in un paese, può, secondo tale principio (che procede da un' analogia desunta dal diritto civile) eccitarsi dall' offeso la giurisdizione locale, mèdiante querela contro l' autore del delitto da lui patito altrove.

(1) In Francia si è sollevata una singolare questione nella ipotesi di una querela portata ai tribunali Francesi contro un forestiero che trovavasi in Francia, e che ivi si voleva perseguitare per un delitto commesso all' estero. La singolarità stava in questo, che la querela si presentò ai Tribunali di Francia quando il forestiero era già ripartito. Vedasi Morin *art.* 9037.

§. 1051.

A tali pensieri sembra affine la osservazione di Mittermaier, che cioè lo Stato in cui si ricove-

Digitized by Google

ra colui che si rese delinquente all' estero venga, stante l' impulso del leso, ad esercitare legittima giurisdizione, quasi per mandato della società offesa.

§. 1052.

Fece omaggio a cotesta dottrina l' art. 7 del codice d' istruzione francese: ma non già per assumerla come norma precipua della giurisdizione. Se ne valse unicamente come limitazione al criterio della *personalità*, che le leggi di Francia in ordine ai delitti contro i particolari esigono copulativamente tanto *attiva* quanto *passiva*. Infatti quell' articolo dispone che anche il delitto commesso fuori di Stato da un francese contro un francese, non possa in Francia perseguitarsi se non per *doglianza dell' offeso*. Invece l' art. 6 del codice Sardo accetta l' *eccitamento dell' offeso* come elemento di giurisdizione anche dove manca la *personalità passiva*, e dà efficacia uguale alla doglianza del forestiero offeso, purchè l' offensore sia un nazionale. Non mi è avvenuto di trovare un diritto costituito che estenda siffatta efficacia della doglianza anche al caso di delitto di forestiero contro forestiero. E solo ne vidi accennato qualche esempio in alcuni trattati politici della federazione germanica. Devesi però avvertire che la *condizione particolare* di certi Stati (membri tutti di un grande corpo politico) rende problematico lo argomentarne una regola scientifica.

§. 1053.

5.ª — Estraterritorialità in ragione di *reciprocità*.

Digitized by Google

Molti scrittori di diritto delle genti applicarono il principio della *reciprocità* (che è denominante nei rapporti internazionali) anche al presente problema: Schmalz *droit des gens Européen liv. 4, ch. 3, n. 3, Paris 1823* (1).

(1) La influenza di questo principio anche nelle materie civili fu latamente svolta da Mittermaier in una dissertazione apposita, che si trova tradotta negli *Archives de droit vol.* 2, *pag.* 75.

§. 1054.

Assunto cotesto principio come guida, non vi sarebbe regola assoluta; ma il delitto commesso all'estero potrebbe o non potrebbe punirsi, secondochè la legge dello Stato ove fu commesso punisse o non punisse il delitto medesimo se commesso nello Stato nostro. Cotesta teoria trova una pratica applicazione nel codice penale Sardo del 1859 all'art. 6, §. finale, ed all'art. 9.

§. 1055.

6.ª — Estraterritorialità *assoluta* (1).

Questa dottrina, speculativamente guardata è una logica deduzione della genesi del giure penale, concepita secondo la formula che noi riconosciamo.

(1) Potrebbe aggiungersi una settima formula, suggerita pure da qualche scrittore. E consiste nel determinare un *raggio di terreno* al di là del limite del regno; e ammettere che possano punirsi i delitti commessi entro questo *raggio;* nol possano quelli consumati al di là. Ma vede ognuno che simile

Digitized by Google

dottrina vaga tutta nell' *arbitrario*, e nello *indefinito*. Non ha una base razionale; perchè se la cognizione penale può spingersi al di là del confine, non vi è principio che misuri a palmi questa potenza. Non serve al bisogno pratico, perchè nelle contingenze dei casi torna male a far dipendere la importanza della repressione da un centimetro più o meno che interceda fra il luogo del delitto, e il *confine* dello Stato che vuole punirlo. Pure questo metodo piacque al legislatore sardo (codice penale art. 8) e fu elogiato da Bernard come una *transizione* e un avviamento a raggiungere la universalità del giure penale. E questa osservazione di Bernard è evidentemente logica, perchè rotto una volta il limite del territorio estero per due chilometri, non vi è ragione *giuridica* che costringa a mantenerlo per dieci e venti chilometri e più.

§. 1056.

Quando il diritto di punire si desuma dalla mera volontà degli uomini, e dal vincolo che lega lo Stato coi cittadini, è difficile concepire una ragione giuridica assoluta, per cui l' autorità di una nazione possa chieder conto ad un forestiero dei delitti che egli abbia commesso all' estero a danno di forestieri. In quest' ordine di idee il principio del diritto di conservazione, il principio della forza obbligatoria del precetto politico, il pensiero della emenda, restano per tali casi inoperosi.

§. 1057.

Ma se il giure punitivo si fa risalire ad un precetto universale e assoluto, preesistente nella legge eterna dell' ordine ad ogni placito umano; allora il

Digitized by Google

giure penale, destinato dalla Mente Suprema alla tutela del diritto, è una necessità umanitaria. E perciò quando trattasi di *veri* delitti, cioè di violazioni dei diritti compartiti all' uomo dalla legge naturale, frai quali bisogna riconoscere (§. 608 in fine) il diritto di costituire e di conservare l' associazione e le guarentigie che essa fornisce al diritto; la questione si limita a due soli punti — 1.° a ordinare la *forma* della cognizione — 2.° a definire se la pena deve esser quella del *luogo del delitto*, o del *luogo del giudizio*. Ma non può dirsi che manchi il precetto del quale si vuole rinfacciare la violazione.

§. 1058.

In questa più larga veduta le diverse autorità sociali sono altrettanti strumenti di quella legge eterna, che volle si desse col braccio umano una sanzione presente e sensibile, al precetto regolatore del mondo morale. Il *fatto* che le autorità sociali si siano frazionate tra loro la dominazione dei territorj, è una *contingenza* (un *accidens*) che non muta la loro primitiva ragione di essere: tutte esistono come esecutrici di una legge universale. Nè può ammettersi che per tale frazionamento ne avvenga sulla terra la elusione della legge; e per la impunità della violazione del diritto, ne avvenga la deficienza di sanzione al precetto.

§. 1059.

Questa dottrina, coltivata dall' Egger, e da Rotteck, si professò recisamente da Pinheiro-

Digitized by Google

ro (1). Essa già aveva portato il Kluber (§. 64) a farne applicazione ai delitti commessi *fuori di ogni Stato:* per esempio in alto mare. E fu generalmente accettata come dottrina pratica nei delitti di *pirateria* (2) e di *abbordaggio.* Senza riconoscere cotesti principj, il pirata non si potrebbe punire che da quella sola nazione a cui esso appartiene (giusta la seconda formula) o da quella a cui appartengono le navi predate (giusta la terza formula): e in questo caso bisognerebbe, come fecero alcuni, ricorrere alla finzione della territorialità della bandiera; oppure gettarsi nello *jus belli.* E come disposizione legislativa trovasi sanzionata dal codice penale Austriaco del 1852 al §. 40.

(1) *Droit public pag.* 32, 179.

(2) Van Ingen *de crimine piraticae* §. 3, *Campis* 1841 — Van-Asch Van Wijck *de delictis extra territorium admissis pag.* 66 *et seqq. Trajecti ad Rhenum* 1839.

§. 1060.

Questa dottrina è dunque in sè vera sotto il punto di vista speculativo. E se le presenti condizioni dei popoli non permettono che si attui nella sua piena estensione, il civile progresso aumentando la fratellanza delle genti, deve gradatamente condurre al suo completo riconoscimento. Corretta la idea che il diritto punitivo sia un fatto di mera creazione sociale, e compreso che la ragione di punire non sta in una società soltanto per difendere sè stessa, ma sta in tutte le società per difendere con azione solidale la umanità, i limiti territoriali scom-

Digitized by Google

pariscono. La tutela del diritto sarà realizzata secondo il preconcetto della legge primitiva allora soltanto quando giungasi al desiderabile risultato che più non siavi angolo della terra ove il nemico della umanità possa augurarsi di godere senza tema di pena il frutto delle sue scelleraggini.

§. 1061.

La sovranità del diritto è superiore a tutte le sovranità della terra; le quali altro non sono che subalterne o ministre: ed è contradittorio che la legge umanitaria rimanga inosservata per una collisione giurisdizionale tra i suoi esecutori. Le autorità terrene hanno per ragione dell' esser loro la tutela della legge giuridica anche mediante la pena. E non possono declinare cotesto *dovere* che loro incombe, sotto pretesto di divisioni di ufficio. La mente creatrice diede uguali diritti a tutte le creature; e li volle ugualmente rispettati e protetti in tutte, contro tutte, e dovunque. La esclamazione di Caino è la espressione della universalità del giure penale. Ecco in quali termini si esprime Bernard, procuratore imperiale a Chateau Thierry, in un suo scritto in elogio del codice Sardo — *Ne laisser jamais le crime impuni, telle est la pensée qui a animé les rédacteurs; et disons-le hautement, si elle était adoptée par toutes les nations, on ne verrait pas, à la faveur d' une règle* qui doit disparaitre avec les progrès de la civilisation, *se reproduire ces exemples d' une hospitalité forcée donnée aux plus vils malfaiteurs. Pourquoi le jour ne viendrait-il pas ou le crime ne serait pas considéré*

Digitized by Google

comme ayant porté atteinte à un membre de telle nation, *mais de l'* humanité, *s' il est de la categorie de ceux que toute société régulièrement organisée doit chatier? La vraie liberté serait cette protection reciproque que tous les peuples se donneraient contre les criminels; sans avoir à recourir à des traités, qui ne doivent être considérés dans le passé que comme des actes de transition, et comme un acheminement de la barbarie à la civilisation.*

§. 1062.

Le sistemazioni fattizie delle diverse società nelle quali si partì il genere umano, e le delimitazioni delle diverse genti (1), devono dunque col progressivo incivilimento, a riguardo dei *veri delitti,* comporsi e coordinarsi per guisa che dagli ordini loro particolari non ne derivi inciampo all' ordine supremo del mondo morale: nè si possa dallo scaltro vagabondare di un facinoroso annientare ogni tutela della legge giuridica. Anche questo io considero come l' avvenire della progressiva elaborazione della civiltà cristiana.

(1) Il non riconoscimento del principio della estraterritorialità assoluta fece nascere i trattati di estradizione dei delinquenti fra popoli contigui a misura del loro incivilimento. Vuolsi che il più antico trattato di estradizione sia quello del 20 maggio 1499 passato fra il Portogallo e la Spagna. Questo trattato comprende la estradizione dei colpevoli di omicidio e furto alla strada, e trovasi riprodotto per intero nella *Novissima recopilacion de las leyes de España tomo* 5, *libro* 12, *tit.* 36, *ley* 3, *pag.* 471, *Madrid* 1805. Per la stessa cagione acquistò grande importanza il dubbio se fra

Digitized by Google

due popoli amici potesse farsi reciprocamente la consegna di un delinquente senza precedente trattato: sulla quale questione sostennero l' affermativa come derivante dal gius delle genti primitivo, Grozio, Heinneccio, Vattel, Bohemer, Kant: e sostennero la negativa Voet, Puffendorf, Leyser, Kluber, Martens, Schmaltz, Mittermaier, Mangin, Weaton, ed altri: e questionossi anche recentemente se il consenso del delinquente consegnato potesse supplire ai trattati: Morin *Journal du droit criminel n.* 8396. Ma la estradizione (che d' altronde è materia di diritto internazionale e non di diritto criminale) perde ogni importanza teorica ed ogni vita pratica quando prevalga la dottrina della estraterritorialità assoluta sui delitti commessi all' estero, previa interpellanza. E di fatti Pinheiro Ferreira che decisamente propugna questa opinione, avverte che per la medesima tutti i trattati di estradizione debbono cessare la loro vita, e fondersi in una regola di diritto penale internazionale accettata da tutti i popoli culti.

§. 1063.

Alla dottrina della *estraterritorialità assoluta* accolta nel codice Sassone e nel progetto della Commissione pel nuovo codice penale Italiano nel 1867, sonosi fatti principalmente due obietti;

1.° Si è negata la *giurisdizione*. Quando il delitto non ha offeso nè il territorio, nè il vostro stato, nè un vostro cittadino, e non è commesso da un vostro suddito, vi manca ogni base su cui radicare la vostra competenza. Rispondesi che la base della competenza sui fatti commessi all' estero da un estero contro l' estero, si radica sul *domicilio* eletto volontariamente dal reo nel nostro territorio. Venendo egli qua si è volontariamente soggettato alle nostre

Digitized by Google

leggi ed ai nostri tribunali: e come questi hanno giurisdizione per conoscere dei contratti fatti dovunque antecedentemente da lui, così hanno giurisdizione per conoscere dei suoi delitti non ancora giudicati.

2.° Si è negato il *danno,* e così lo interesse a giudicare. Il delitto che non ha turbato il vostro territorio nè offeso un vostro cittadino, non vi dà ragione d' incrudelire contro il suo autore se ebbe la fortuna di restare impunito nel suo paese. Rispondesi che la ragione politica del punire non sta nel danno *immediato,* ma nel *mediato.* Lo allarme dei buoni non si sviluppa nel momento della *consumazione* (che altrimenti i delitti commessi nelle tenebre non avrebbero danno mediato) ma nel momento in cui il pubblico viene a *cognizione* del fatto, e della sua impunità: è allora che nasce il timore dei buoni. Ora non può negarsi che quando venga tra noi l' autore di grave delitto commesso all' estero, che tranquillamente ostenti le mal guadagnate ricchezze, e meni trionfo della sua impunità, i buoni ne sentono timore che costui possa incoraggirsi a fare altrettanto qua; e i perversi ne traggono malo esempio ed incoraggiamento ad imitarlo. Laonde il nostro stato ha interesse che con la punizione di colui si spenga nei buoni il sospetto che esso possa rinnuovare qua gli atti criminosi, e si spenga il seme del malo esempio che la sua impunità sparge fra noi, più vivo e ferace che nol sia quello sparso nel luogo del commesso delitto, e che ogni giorno rinnuovasi per la ostentazione della sua impunità.

Agli obietti del *non bis in idem,* e dei pericoli di un urto diplomatico, si risponde ponendo per con-

Digitized by Google

dizione allo esercizio la non punizione, e la non accettata restituzione del delinquente per parte del governo a cui per territorialità spetterebbe il crimine. Ed all' obietto della differenza delle leggi rispondesi vittoriosamente col fare prevalere la legge più mite (1).

(1) Vedasi la mia monografia intitolata *Delitti commessi all' estero*, pubblicata nei miei *opuscoli vol.* 2, *opusc.* 18. Sono a vedersi la *Revue Wolowski vol.* 17, *pag.* 634, e la *Revue critique tom.* 8, *pag.* 401, *et tom.* 28, *pag.* 368, dove per altro Thezard si conduce a delle conclusioni che sono spesso in antagonismo con le premesse da lui accettate. Vedasi anche i due lavori inseriti dal Morin nel suo *Journal du droit criminel n.* 8243 *et* 8272; e Bonneville *amélioration tom.* 2, *pag.* 511. E fra gli antichi possono consultarsi Claro *sententiar. lib.* 5, *quaest.* 39 — Covarruvio *practic. quaest. lib.* 1, *cap.* 11, *Lugduni* 1586 — Ciazzi *disceptat.* 26, *n.* 19 — Bokn *quaest. universi juris quaest.* 7, *pag.* 180, *Salisburgi* 1718. In generale può affermarsi che la dottrina della estraterritorialità assoluta ebbe a sostenitori fra gli antichi tutti i dottori che appartennero a quella scuola la quale riconosceva come fondamento sufficiente di giurisdizione criminale il semplice *fatto dell' arresto*. Poco vi vuole però a comprendere che tale dottrina è prepostera, essendo l' arresto già un atto di giurisdizione. Più singolare era la opinione che ricorda il Ciazzi (*discept.* 26, *n.* 20) come insegnata da Oldrado (*cons.* 124, *Lugduni* 1350) e da altri antichi, per la quale dicevasi che Roma essendo *caput mundi* i tribunali romani avevano competenza a conoscere i delitti commessi in qualunque parte del globo.

§. 1064.

In tutti i casi, nei quali si tratti di punire un reato in un regno diverso da quello ove fu com-

Digitized by Google

messo, nasce la disputa circa la *legge penale* che deve applicarsi fra le due concorrenti, le quali possono essere eventualmente discordi. Alcuni, dominati dalla equità, insegnarono doversi fra le due leggi applicare la *più mite,* e parecchi codici sanzionarono cotesta benigna regola.

§. 1065.

Altri (1) censurarono tale dottrina, dicendo che ogni tribunale non può applicare altra legge che quella del suo paese. Uno Stato non deve mai dipendere dalle leggi dell' altro Stato. Che se quel fatto era punito meno, od anche impunito nel luogo ove fu commesso, questo può soltanto considerarsi come un *fatto* che modifica la *colpabilità individuale,* e valutarsi come circostanza diminuente, sia che trattisi di nazionale, sia che trattisi di forestiero. E qualora l' azione che è punita nel luogo dove essa si giudica, niente lo fosse ove fu commessa, tale circostanza potrà valutarsi come un *fatto* idoneo ancora in qualche *specialità* ad autorizzare l' assoluzione, non in obbedienza alla legge del luogo, ma come una condizione *materiale* che abbia tolto all' agente la *coscienza* di delinquere.

(1) Ortolan §. 904 *et suiv.*

§. 1066.

Posta come verificabile, o per l' una o per l' altra delle anteposte formule, la estraterritorialità del giure penale, nasce inoltre la grave e combattuta

Digitized by Google

questione sulla influenza della *rejudicata estera*. Due sono i casi nei quali si propone questo problema:

Caso 1.° — Delitto commesso *all' estero*, e colà giudicato.

Caso 2.° — Delitto commesso *tra noi*, e giudicato all' estero.

§. 1067.

La questione poi si complica secondochè si suppone 1.° una sentenza estera *assolutoria* — 2.° una sentenza estera *condennatoria eseguita* con espiazione della pena — 3.° una sentenza estera *condennatoria non eseguita* per contumacia o fuga — 4.° una *condennatoria graziata* dal principe estero (1).

(1) Volendo svolgere questo grande problema in tutti i suoi casi possibili, se ne presentano non meno di 36; li quali tutti differiscono per qualche condizione che può influire sulla ragione di decidere.

In primo luogo la tesi in cui si pone il problema — *quid juris* del reato *giudicato all' estero* — si divide in due ipotesi: secondochè trattasi di *giudizio estero* relativo ad un fatto *commesso tra noi*, oppure ad un fatto *commesso all' estero*.

In secondo luogo entrambo queste ipotesi si suddividono di nuovo ciascuna in *tre casi*: secondochè il fatto *giudicato all' estero*, era commesso 1.° da *estero* contro *estero* — 2.° da *estero* contro *nazionale* — 3.° da *nazionale* contro *estero*. Ed ecco subito *sei casi diversi*.

In terzo luogo questi *sei casi* si tripartiscono ciascuno di loro secondochè il *giudizio estero* ebbe a risultato — 1.° o l' *assoluzione* — 2.° o la *condanna non espiata* — 3.° o la *condanna espiata*. Tutte circostanze che possono influire sulla

Digitized by Google

soluzione del problema. Ed ecco nascere la possibilità di *diciotto casi diversi.*

Ma questi diciotto casi possono un' altra volta suddividersi, secondochè — 1.° o l' *offeso tace* — 2.° o è l' *offeso* che non pago della sentenza estera, viene (o torna) a chiedere soddisfazione per la via penale dell' oltraggio patito. Ed ecco che i casi diversi divengono *trentasei.*

Questo cenno dimostra che quel pochissimo che io dico nel testo non è neppure un meschino saggio sulla questione. Essa meriterebbe un trattato, che sotto un punto di vista scientifico considerasse le ragioni somme di risolvere ciascuno di tali casi; e vi applicasse i diritti costituiti, le giurisprudenze, e le dottrine dei pubblicisti.

§. 1068.

Il codice Toscano (art. 7) contempla il 1.° *caso.* Ove chi ha delinquito all' *estero* siasi *colà* condannato ed abbia *espiata la pena,* cessa ogni azione penale anche fra noi. Questa è la identica disposizione che già si trovava all' art. 7 del codice d' istruzione criminale Francese: e nella legge Belga del 30 decembre 1836. Ma nè queste leggi, nè il codice Toscano, e neppure il codice Sardo all' art. 10 (sebbene in questo argomento sia forse più innanzi degli altri) niente però considerano il 2.° *caso;* di un delitto commesso in un regno, e già punito *fuori* del regno ove fu consumato. E questo appunto era il caso più arduo e più controverso.

§. 1069.

Infatti quando un colpevole è stato punito nel *luogo del commesso delitto,* la giurisdizione *territo-*

Digitized by Google

riale (che è la *ordinaria)* ha fatto il suo corso; e si capisce così il perchè non debba farsi luogo alla giurisdizione *estraterritoriale,* che è *eccezionale;* o, come dice il Van-Asch *(de delictis extra territorium pag. 60)* meramente *sussidiaria.* D' altronde la sentenza resa nel luogo del delitto si presume emanata dietro le più complete informazioni (1).

(1) Per altro il codice di Baviera del 1861 prevede il caso di delitto commesso all' estero da un Bavarese, o da un forestiero contro un Bavarese, e dispone che per lo stesso fatto possa essere giudicato di nuovo in Baviera: e solo debba scomputarglisi sulla pena quella che ha già *subita* all' estero.

§. 1070.

Ma nel caso inverso (cioè quando siasi esaurita la giurisdizione *estraterritoriale)* rimane dubbio se questa abbia potuto ugualmente estinguere la giurisdizione *territoriale.*

§. 1071.

Molti lo affermano, fra i quali Mangin, Helie, Ortolan, Bernard. Essi ammettono non potersi argomentare dal civile al criminale: ma fondati recisamente sulla regola *non bis in idem* dicono essere iniquo che un uomo venga *giudicato due volte* per lo stesso delitto.

§. 1072.

Il principio che la sentenza criminale (a differenza della civile) non possa mai *eseguirsi* fuori

Digitized by Google

dello Stato *ove fu pronunciata,* è regola che non si contrasta (1). Ma col far nascere dal giudicato estero la eccezione della rejudicata, non si dà (essi dicono) esecuzione fra noi alla sentenza straniera. Non trattasi di *esecuzione.* Trattasi di riconoscere un *fatto;* o l' assoluzione, o la condanna, che ha imposto a quell' uomo dei caratteri perseveranti; cioè la condizione o di *reo già assoluto,* o di *reo già condannato.* E concludono che se tale sistema può offrire qualche inconveniente, quest' obietto è comune in generale alla forza che si attribuisce alla rejudicata; e per conseguenza ha il vizio di *provar troppo.*

(1) Questa regola è comunemente insegnata: Pinheiro Ferreira, Martens, e Casanova ne danno due ragioni — 1.° che la parte *motiva* di una sentenza criminale non può essere sufficiente (come lo è nella sentenza civile) a dimostrare la sua giustizia — 2.° che mentre le leggi civili sono presso a poco uguali per tutto, vi hanno grandi ed esorbitanti differenze nelle penalità appo i diversi popoli. Così è certo che la infamia, la morte civile, la confisca non seguitano il condannato fuori del paese ove la sua condanna fu proferita. Vedasi Heffter *Le droit international public pag.* 75, *Paris* 1857.

§. 1073.

Ma confutato cotesto obietto, non confutano con uguale fortuna gli ulteriori argomenti, coi quali altri (1) sostengono virilmente il contrario: ed eccone i principali:

1.° Il *fine* della pena è il ristabilimento dell' ordine turbato dal delitto. Se l' ordine col delitto

Digitized by Google

commesso in Francia fu turbato in Francia, vi è bisogno di una penalità subita in Francia per ristabilirlo.

2.° Le due sovranità sono *indipendenti:* il diritto acquisito all' autorità francese di punire il delitto che ha violato entro il Regno la legge di Francia, non può esserle tolto da giudici italiani o spagnoli, come non potrebbe per la grazia del principe italiano, o spagnolo.

3.° Il delinquente potrà essere assoluto all' estero, perchè là *non esista legge* che colpisse quel fatto. Con ciò si renderebbe la legge nostra dipendente dalla legge straniera.

4.° L' assoluzione all' estero può essere avvenuta per *insufficienza di prove*, causata dalla lontananza: può anche esservi collusione ed accordo tra l' offeso e l' offensore, onde far nascere all' estero una sentenza assolutoria per eludere la nostra legge.

5.° Potè il malefizio all' estero dichiararsi *prescritto;* mentre non lo sarebbe stato per le leggi nostre.

6.° Commesso qua un reato, la giustizia nostra era in diritto di fare *un processo.* L' assoluzione o la condanna estera non può pregiudicare l' erario nostro del ricupero delle *spese.*

7.° Uguale argomento si riproduce per le *multe,* alle quali, tosto commesso il delitto qua, aveva quesito un diritto l' erario nostro.

8.° Se il delitto portava seco la *sorveglianza,* non può la sentenza estera privare il nostro governo del diritto di sottoporre a questa misura il colpevole, e privare i nostri cittadini di tale protezione.

Digitized by Google

Necessità dunque di rinnovare qua a cotesto fine il giudizio.

9.° Se il delitto poteva porre il condannato in stato di *recidiva,* la sentenza estera impedirebbe a noi di profittare di cotesta remora salutare contro un facinoroso.

10.° Se la pena estera è *più mite,* il colpevole, dopo espiata cotesta pena, tornerà fra noi a deridere il rigore della legge nostra!

(1) Vedasi Molinier *du duel, pag.* 60, *Toulouse* 1861 — Morin *journ. de droit crim. art.* 6891, 7250, 7386, 7420, e la nota; e *vol.* 34 *pag.* 100, *et* 124.

§. 1074.

Sono questi i principali argomenti pei quali si sostiene che un giudizio penale fondato sulla *personalità,* non impedisce l'attivazione di un nuovo giudizio fondato sulla *territorialità* contro il medesimo fatto. Il giudizio estero fra noi *non è niente:* la regola *non bis in idem* procede solo quando le due cognizioni vorrebbero istituirsi dalla medesima sovranità.

§. 1075.

Questa massima rigorosa, già accolta dalla Corte di Metz 19 luglio 1859; e dalla Cassazione Belga il 31 decembre 1859; è stata recentemente sanzionata dalla Corte di Amiens 17 maggio 1862; e dalla Corte di Cassazione di Francia in due giudicati dello stesso giorno 21 marzo 1862. Giudicati coi quali cassando due diverse pronuncie, ordinò pro-

Digitized by Google

cedersi a giudizio contro i due *forestieri* che avevano delinquito in Francia; quantunque ambedue fossero stati per cotesti delitti (su querela dell'offeso) giudicati definitivamente nella loro patria, e l'uno fosse stato assoluto, l'altro condannato ed avesse anche *espiata la pena* (1). E di nuovo fu sanzionata dalla Corte di Var nel giudicato del 28 luglio 1866 (che raccoglie Morin al *n. 8391)* e dalla Corte di Assise del Nord 6 agosto 1866. E nei giudicati che riporta Morin agli *art. 9569 et 9585.*

(1) Tale questione si è novellamente esaminata dal Bonfils *de la compétence, Paris* 1865, *pag.* 328. La Corte di Assise del Nord ha mantenuto la severa dottrina della duplicazione della pena con un altro giudicato del 6 agosto 1869 raccolto da Morin *art.* 9031. I conjugi *Dusoulier* nativi del Belgio avevano commesso in Francia un furto qualificato nel giorno 28 gennajo 1859. Tornati in patria furono colà processati per questo delitto e condannati dai Tribunali Belgi. Dopo espiata la pena, credendosi sicuri, ebbero la imprudenza di tornare in Francia nel 1869. Riconosciuti, arrestati, e inviati a giudizio in faccia a quelle Assise di Francia dedussero la eccezione *non bis in idem,* credendo mettersi al coperto sotto la egida della rejudicata e della pena subìta nel Belgio. Ma la Corte di Assise ripetè ivi — *que si la maxime* non bis in idem *ne permet pas qu' un accusé soit jugé et condamné deux fois pour un même fait, cette maxime ne s' applique qu' aux jugements et condamnations émanés de la même souveraineté;* e quei disgraziati dovettero subire una seconda pena, senza scomputo della prima.

Digitized by Google

§. 1076.

Quelle due decisioni della Corte Suprema di Francia sono tanto più notabili, inquantochè nel turno giudicante sedeva come consigliere relatore alla Cassazione Helie; il quale (come era ben naturale) con una elaborata relazione, tentò inutilmente di far prevalere la sua contraria opinione, già da lui sostenuta nei suoi pregevoli scritti (1).

(1) Sulla applicazione in criminale della regola *non bis in idem* si vedano fra i pratici Sesse *decisiones Aragoniae decis.* 106: e ne trattò Baldo al *cons.* 292, *lib.* 4, sostenendo che la eccezione *non bis in idem* nascesse anche da una sentenza estera, e dopo lui Beccio *cons.* 59.

§. 1077.

La scienza in proposito di così grave questione non può che far voti, affinchè la legislazione positiva stabilisca norme eque e sicure per regolare cotesti conflitti. Se i principj di giure pubblico non ammettono che si applichi la regola *non bis in idem* fra nazione e nazione; la equità per altro esigerebbe che a colui che vuol nuovamente giudicarsi a cagione di un delitto pel quale ha espiato una pena, si tenesse almeno conto della pena subita, in diminuzione della nuova a cui si vuole sottoporre. L' affetto per la indipendenza nazionale non può mai legittimare una duplicazione di pene per un solo delitto.

Digitized by Google

§. 1078.

Questo principio dello scomputo è stato letteralmente adottato dal codice penale Austriaco del 1852. Quel codice al §. 36 sanziona letteralmente la nessuna influenza dei giudicati esteri in quanto alla giurisdizione. E ciò non solo nel caso che questi abbiano esercitato la giurisdizione *personale,* ma ancora nel caso (il che è assai più forte) che questi abbiano esercitato la giurisdizione *territoriale,* e nell' Impero voglia tornarsi a conoscere dello stesso crimine sul fondamento di giurisdizione *personale.* Cosicchè il suddito austriaco che delinque in Francia se, dopo essere stato in Francia a tutto rigore di legge punito, ei torna in Austria, può essere colà nuovamente giudicato e punito con la pena austriaca per l' istesso crimine; ma della pena subita in Francia gli si tiene conto a diminuzione della pena austriaca. Ma se invece costui, tornato dopo il crimine in Austria, era stato ivi punito, e poscia rendesi in Francia, ivi si sottopone a nuovo giudizio, e niente gli si valuta la pena sofferta nella terra natale. Queste ed altre molte analoghe divergenze, sulle quali il piano di questo scritto non mi permette di dimorare, mostrano quanto sia giusto il desiderio che il progresso dei lumi edifichi un diritto penale europeo, concorde almeno nei principii fondamentali. Ma io non voglio più oltre invadere la Cattedra di diritto internazionale.

F I N E

Digitized by Google

INDICE

DELLE RUBRICHE

(PARTE GENERALE VOL. II.)

Introduzione alla seconda Sezione — *Cardini della Pena* . . . . . Pag. 1

SEZIONE SECONDA

DELLA PENA

CAP. 1.° *Idea della pena* . . . . §. 582 *a* 585
CAP. 2.° Origine *della pena* . . §. 586
Art. 1.° *Origine* storica . . . §. 587 *a* 597
Art. 2.° *Origine* filosofica . . §. 598 *a* 612
CAP. 3.° Fine *della pena* . . . §. 613 *a* 626
CAP. 4.° Forze *inerenti alla pena* . §. 627 *a* 637
CAP. 5.° Condizioni *che deve avere la pena* . . . . . §. 638
Art. 1.° Condizioni *derivanti dal suo principio* positivo §. 639 *a* 645

Digitized by Google

Art. 2.° Condizioni *derivanti dal suo* limite . . . . §. 646 *a* 651
Cap. 6.° *Nozioni generali della* qualità, quantità, *e* grado *nella pena* . . . . . §. 652 *a* 654
Cap. 7.° *Criterio della* qualità *nelle pene* . . . . . §. 655 *a* 658
I. *Pene* capitali . . . . . §. 659 *a* 662
II. *Pene* afflittive . . . . §. 663 *a* 682
III. *Pene* infamanti . . . . §. 683 *a* 687
IV. *Pene* pecuniarie . . . §. 688 *a* 693
Cap. 8.° *Criterio della* quantità *delle pene* . . . . . §. 694 *a* 699
Cap. 9.° *Criterio del* grado *nella pena* . . . . . §. 700 *a* 702
Cap. 10.° *Cause* politiche *o* estrinseche *di modificare la pena* §. 703 *a* 708
Prima Serie — *Cause politiche* indeterminabili *dalla legge* . . . . . §. 709 *a* 711
Seconda Serie — *Cause politiche* determinabili *dalla legge* . . . . . §. 712 *a* 718
Cap. 11.° *Cause* giuridiche *o* intrinseche *di modificare la pena* . . . . . §. 719 *a* 721
Art. 1.° *Accidentalità* individuali §. 722 *a* 724
Prima Serie — *Cause* diminuenti . . . . . §. 725 *a* 732
Seconda Serie — *Cause* di aumento . . . . . §. 733 *a* 743
Art. 2.° *Modificazioni* legislative §. 744 *a* 778

Digitized by Google

Introduzione alla terza Sezione — *Giurati e Magistrati* . . . . . Pag. 275

SEZIONE TERZA

DEL GIUDIZIO CRIMINALE

Cap. 1.° *Nozioni generali del* giudizio *penale* . . . . . §. 779 *a* 795
Cap. 2.° *Origine* storica *del giudizio penale* . . . . . §. 796 *a* 806
Cap. 3.° *Origine* filosofica *del giudizio penale* . . . . §. 807 *a* 817
Cap. 4.° Fine *del giudizio* . . . §. 818 *a* 824
Cap. 5.° *Condizioni essenziali del* giudizio in generale . §. 825 *a* 840
Cap. 6.° *Caratteri del processo* accusatorio . . . . . §. 841 *a* 844
Cap. 7.° *Caratteri del processo* inquisitorio . . . . . §. 845 *a* 849
Cap. 8.° *Caratteri del processo* misto . . . . . §. 850 *a* 860
Cap. 9.° *Dell'* accusatore . . . . §. 861 *a* 869
Cap. 10.° *Del* reo . . . . . §. 870 *a* 872
Cap. 11.° *Del* giudice . . . . . §. 873 *a* 890
Cap. 12.° *Contestazione dell'* accusa §. 891 *a* 899
Cap. 13.° *Della* prova . . . . . §. 900 *a* 907
Art. 1.° *Dei due* principii *della certezza in criminale* §. 908 *a* 920
Art. 2.° *Dei* fonti *della prova in criminale* . . . . §. 921 *a* 924
I. *Documenti* . . . . . §. 925 *a* 928
II. *Confessioni* . . . . . §. 929 *a* 942

Digitized by Google

III. *Testimoni* . . . . . §. 943 *a* 963
IV. *Indizi* . . . . . §. 964 *a* 975
Cap. 14.° *Della* difesa . . . . . §. 976 *a* 999
Cap. 15.° *Della* sentenza . . . . §. 1000 *a* 1027
Cap. 16.° Limiti esterni *del giure penale* . . . . . §. 1028 *ad fin.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google